

**Tarifflike vilkår som EØS-rettslig restriksjon –
ILO-konvensjon nr. 94 og EF/EØS-rettens frie
tjenesteutveksling**

Kandidatnummer: 213

Leveringsfrist: 15. januar 2009

Til sammen 39220 ord

14.01.2009

Innholdsfortegnelse

<u>KANDIDATNUMMER: 213</u>	<u>I</u>
<u>TIL SAMMEN 39220 ORD</u>	<u>I</u>
<u>INNHALDSFORTEGNELSE</u>	<u>I</u>
<u>DEL I</u>	<u>1</u>
<u>1 <u>INNLEDNINGSKAPITTEL.....</u></u>	<u>1</u>
1.1 Introduksjon	1
1.2 Avhandlingens tema og problemstillinger	3
1.3 Avgrensninger	6
1.4 Rettskildebildet	7
1.5 Veien videre.....	10
<u>DEL II.....</u>	<u>11</u>
<u>2 <u>ILO-KONVENSJON NR. 94, LABOUR CLAUSES (PUBLIC CONTRACTS)</u></u>	
<u>CONVENTION.....</u>	<u>11</u>
2.1 Innledning og problemstilling.....	11
2.2 Kort om Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO)	12
2.3 Konvensjon nr. 94, bakgrunn og formål	13
2.4 Hvilke kontrakter omfattes av konvensjonen?	15

2.5	Arbeidsklausulenes ufravikelige innhold	20
2.6	Oppfølging og andre forpliktelser etter konvensjonen	27
2.7	Sammenfatning	28
3	<u>NORGE OG ILO-KONVENSJON NR. 94.....</u>	<u>29</u>
3.1	Innledning og problemstilling.....	29
3.2	ILO-konvensjon nr. 94 i eldre forarbeider (1950-1988).....	30
3.3	Allmenngjøringslov og ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 (1990-1996).....	31
4	<u>HANDLINGSPLAN MOT SOSIAL DUMPING OG TARIFFLIK LØNN VED KOMMUNALE ANSKAFFELSER.....</u>	<u>37</u>
4.1	Innledning og problemstilling.....	37
4.2	Gjennomføring av konvensjonen i anskaffelsesloven § 11 a.....	38
4.3	Anvendelige lønns- og arbeidsvilkår etter forskriften.....	40
4.4	Avsluttende bemerkninger om den norske prosessen rundt konvensjon nr. 94.....	43
	<u>DEL III</u>	<u>46</u>
5	<u>EF/EØS-RETTENS BEGRENSNINGER FOR ANVENDELSE AV NASJONALE ARBEIDSRETTLIGE REGULERINGER.....</u>	<u>46</u>
5.1	Innledning og problemstillinger	46
5.2	Fellesskapsrettslige utgangspunkter og innpassing av utstasjonering.....	48
5.3	Utstasjonering og lønnskurransen under restriksjonsforbudet	50
5.4	Anvendelse av nasjonale reguleringer under restriksjonsforbudet	53

5.5	Rettferdiggjøring av ikke-diskriminerende restriksjoner	54
5.5.1	Innledning.....	54
5.5.2	Tvingende allmenne hensyn	55
5.5.3	Fordelskravet	57
5.5.4	Proporsjonalitet.....	59
5.5.5	Sammenfatning og betraktninger.....	61

6 UTSTASJONERINGSDIREKTIVET OG NYERE RETTSPRAKSIS OM UTSTASJONERING.....62

6.1	Innledning og problemstillinger	62
6.2	Hovedpunkter om utstasjoneringsdirektivet	64
6.2.1	Direktivets fremvekst og rettslige grunnlag.....	64
6.2.2	Anvendelsesområde og hovedregel	65
6.2.3	Forholdet til anskaffelsesreglene	68
6.2.4	Direktivets lovvalgs karakter og den internasjonale privatrett.....	70
6.3	Kort om problemstillingene og domstolens metode i Laval, Rüffert og Luxembourg.....	72
6.4	Hvilke typer nasjonale reguleringer kan anvendes ved utstasjonering.....	73
6.4.1	Problemstillingen.....	73
6.4.2	Kjernevilkårene i art. 3(1) og forholdet til læren om rettferdiggjøring.....	73
6.4.3	Reguleringer utenfor kjernevilkårene	76
6.4.4	Sammenfatning og betraktninger.....	81
6.5	Virkemidler for anvendelse av vertstatsreguleringer	83
6.5.1	Problemstillingen.....	83
6.5.2	Direktivets virkemidler og deres rekkevidde	84
6.5.3	Rettspraksis om metoder for anvendelse av vertstatsreguleringer	86
6.5.4	Særlig om tariffavtaler som gjelder generelt.....	92
6.5.5	Sammenfatning og betraktninger.....	95
6.6	Nivåmessige begrensninger – særlig om minstelønn	96
6.6.1	Introduksjon og problemstilling.....	96
6.6.2	Ustasjoneringsdirektivets minstelønnsbegrep.....	98
6.6.3	Hvilke(t) allmenne hensyn begrunner anvendelse av minstelønn.....	102

6.6.4	Hvilken lønn gir fair konkurranse og beskyttelse av arbeidstakerne	106
7	<u>KONKLUSJON OG OPPSUMMERING DEL III.....</u>	110
	<u>DEL IV</u>	113
8	<u>NORMKONFLIKT MELLOM ILO-KONVENSJON NR. 94 OG EØS-RETTE</u>	113
8.1	Innledning og problemstillinger	113
8.2	Konflikt mellom konvensjon nr. 94 og den frie tjenesteutveksling?	114
8.3	EF-rettens løsning for de øvrige ratifikasjonsstater	117
8.4	EØS-rettslig forpliktelse til oppsigelse av konvensjon nr. 94?	120
8.5	Implementeringslovgivningen til konvensjon nr. 94	123
9	<u>REFLEKSJONER OG PERSPEKTIVER</u>	129
	<u>REFERANSER</u>	A
	Litteratur	A
	Offentlige dokumenter	I
	Domsregister	L
	Norges Høyesterett:	L
	Rettspraksis fra EF-domstolen	L
	Rettspraksis fra EFTA-domstolen.....	P
	Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol	P
	Lover	P
	Forskrifter og rundskriv	P
	Internasjonale avtaler og konvensjoner	Q

Direktiver og forordninger	R
ILO-dokumenter	S
Andre EU-dokumenter	T
Internetsider	U
Annet	V

DEL I

1 Innledningskapittel

1.1 Introduksjon

Få, om noen, kapitler i verdenshistorien fenger mer enn Europas historie de siste 60 år. Fra å være historiens største slagmark, via en skarp ideologisk oppdeling, er dagens Europa gjennom rettslig, politisk og økonomisk integrasjon verdens største handelsmakt, nærmest fri for væpnede konflikter og en betydelig aktør i alle globale fora. En del av æren for det forente Europa bør tillegges den velvilje nasjonale beslutningstakere, og i siste omgang Europas befolkning, har vist ved å avgi nasjonalt selvstyre i bytte mot økonomisk samkvem og økt mobilitet. De siste EU-utvidelsene og den påfølgende debatten om lønnsk konkurranse og sosial dumping har imidlertid med tydelighet vist gyldigheten ved idiomet ”There is no such thing as a free lunch”. Spørsmålet en nå kan stille seg er hvorvidt forholdet mellom regionale reguleringer på EU-nivå er problematisk i forhold til andre globale forpliktelser, først og fremst gjennom ILO-systemet.

Etter at den europeiske debatten om tjenstedirektivet¹ kjølnet fordi et mindre deregulerende direktiv enn det omstridte førsteutkastet ble vedtatt, har EF-domstolen igjen inntatt rollen som det fremste integrerende organ i EU-systemet. Perioden desember 2007 til juni 2008 har bydd på ikke mindre enn fire sentrale avgjørelser i *Viking Line*,² *Laval*,³

¹ Europaparlamentets- og Rådets direktiv 2006/123/EF av 12. desember om tjenesteytelser i det indre marked.

² Sak C-438/05 International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti [2007] EFD I-10779.

*Rüffert*⁴ og *Kommisjonen mot Luxembourg*⁵ som har til felles at de prioriterer fri bevegelse av arbeidskraft under tjenestereglene fremfor ivaretagelse av nasjonale virkemidler for å motarbeide press på arbeidstakeres rettigheter. Størst betydning har dette på lønnsområdet. Til tross for at en i dag kan bli av med vekslere fra kiosken i Finland i en nærmest identisk kiosk i Ljubljana, finnes det fortsatt betydelige lønnsforskjeller i det indre marked. Med bevissthet om at man med en kort flytur fra Norge kan rekruttere mobil arbeidskraft som arbeider for en femdel av norsk lønnsnivå, sier det seg nærmest selv at dette forutsetter en viss regulering av anvendelige lønns- og arbeidsvilkår.

Da ILOs arbeidskonferanse i 1949 samlet seg om ILO-konvensjon nr. 94,⁶ var begrunnelsen et ønske om bruk av statlig markedsmakt for å unngå press på stedlig opparbeidede rettigheter. Også den gang var trusselen mobile arbeidstakere som kan tilby samme arbeid for lavere lønn. Ved å løfte lønsspørsmålet ut av offentlige anskaffelsesprosesser ved at alle arbeidstakere, også de som ikke er tilsluttet fagforeninger, lønnes etter tariff, tilsikter konvensjonen likelønn mellom lokalt etablerte arbeidstakere og tilreisende mobile arbeidstakere. Slike regler er imidlertid problematisk innenfor et fellesmarked der en bærebjelke er fri bevegelighet og færrest mulig handelshindre.

Problemstillingen som ligger til grunn for konvensjonen er dermed vel så aktuell i dag, og selv om den hjemlige debatten først og fremst har sirklet rundt tjenstedirektivet, viser EF-domstolens rettspraksis at det særlig er direktivet om utstasjonering av arbeidstakere⁷ som står i fokus for denne typen reguleringer i dag. Ved en markedsrettet tolkning av direktivet samt EF-traktatens regler om fri tjenesteutveksling kan det i dag stilles spørsmål

³ Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdeling 1, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet [2007] EFD I-11767.

⁴ Sak C-346/06 *Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen* [2008] EFD I-00000.

⁵ Sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxembourg* [2008] EFD I-00000.

⁶ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949.

⁷ Europaparlamentets- og Rådets direktiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utstasjonering av arbeidstakere som ledd i utveksling av tjenesteytelse.

om fellesskapsrettens tjenesteregler står i konflikt med ILO-konvensjon nr. 94. Konvensjonen var et av temaene på ILOs årlige arbeidskonferanse i 2008, og etter Ekspertkomiteens redegjørelse for konvensjonen i General Survey 2008⁸ utgjør den en av ILOs oppdaterte konvensjoner ratifiserende stater folkerettslig plikter å anvende. Spørsmålet om konvensjonen lar seg forene med fellesskapsretten, har direkte relevans for Norge som ratifiserte i 1996 og er tilknyttet EF-retten gjennom EØS-avtalen.⁹ Konvensjonens regler ble gjennomført for kommuner og andre offentlige organer med virkning fra 1. mars 2008, men har vært gjeldende for sentrale statlige myndigheter siden ratifikasjon. Selv om den rettslige situasjonen for Norges del er spesiell både med hensyn til tiden for ratifikasjon og tilknytningen til EU gjennom EØS, har problemstillingen relevans også utenfor Norge. I alt ti av dagens EU-stater er forpliktet til å anvende konvensjonen.¹⁰

1.2 Avhandlingens tema og problemstillinger

Tema for avhandlingen er forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 94 og EØS-rettens regulering av arbeidskraft under tjenestefriheten. På tross av at begge regelsettene bygger på det samme grunnprinsipp, at vertslandets sentrale arbeidsrettslige regler kommer til anvendelse uavhengig av utgangspunktene i den internasjonale privatrett, gir de uttrykk for ulike fremgangsmåter for fastsettelse av hvilke lønns- og arbeidsvilkår som kommer til anvendelse. Ulikhetene gir opphav til tre problemstillinger:

- Den første problemstillingen er hva henholdsvis ILO-konvensjon nr. 94, og EF-traktaten¹¹ art. 49/EØS-avtalen art. 36 anviser med hensyn til hvilke typer vertsstatsreguleringer som kan gjøres gjeldende overfor utenlandske arbeidstakere.

⁸ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III.

⁹ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto, 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

¹⁰ Belgia, Bulgaria, Danmark, Finland, Frankrike, Italia, Kypros, Nederland, Spania og Østerrike.

¹¹ Traktat av 25. mars 1957 om opprettelse av Det europeiske fellesskap, med senere endringer (EF-traktaten).

- Den andre problemstillingen er hvilke metoder eller reguleringsmåter vertsstaten og dens aktører på arbeidsmarkedet må anvende dersom vertsstatens reguleringer skal gjøres gjeldende overfor utenlandske arbeidstakere som oppfyller tjenestekontrakter.
- Den tredje og siste hovedproblemstillingen er hvilket nivå vertsstatens arbeidsrettslige reguleringer kan eller skal angi etter henholdsvis fellesskapsretten og konvensjonen.

Formålet med den siste problemstillingen er å avdekke om ILO-konvensjonen gir anvisning på et lønnsnivå som ikke kan gjøres gjeldende etter EØS-rettens regler om fri tjenesteutveksling. Besvarelsen gir dermed en avklaring på EØS-rettens begrensninger også med tanke på andre nasjonale virkemidler, og da særlig allmenngjøringsordningen.¹²

I tillegg vil jeg underveis reise underordnede problemstillinger som er knyttet mer opp mot henholdsvis konvensjonen og fellesskapsretten. Et særlig spørsmål vi skal se på til slutt er hvorvidt det foreligger motstrid mellom konvensjonen og EØS-retten, og hvordan en eventuell konflikt kan løses.

De tre problemstillingene går som en rød tråd gjennom avhandlingen, og fremhever ulikhetene mellom normeringene fra ILO og fellesskapsretten på området. En bærende tanke bak EF-traktaten er at frihandel i det indre marked skaper økonomisk vekst, og at høye sosiale standarder og høy lønn følger i kjølvannet av samhandel og optimal økonomisk utnyttelse av ressursene. Etter en slik tankegang er konkurranse mellom nasjonale regelverk, i alle fall et stykke på vei, sunt for å sikre det økonomiske optimum. Den bærende tanke bak en rekke av ILOs rettsakter, er derimot at kollektive forhandlinger og vel regulerte arbeidsforhold gir arbeidstakere bedre lønns- og arbeidsvilkår. Satt på spissen gir ILO-konvensjon nr. 94 uttrykk for at mobilitet av arbeidskraft er en trussel mot stedlige tariffestede reguleringer, mens EF-retten ser mobilitet av arbeidstakere som en viktig brikke for målet om økonomisk vekst.

¹² Lov 4. juni nr. 58 1993 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

Disse motsetningene kommer klarest til syne når arbeidsgivere fra stater med lavere lønnsnivå bringer med seg sine ansatte for å utføre oppdrag i en stat med høyere lønnsnivå. Ikke minst på grunn av EØS-baserte anskaffelsesregler er det ikke uvanlig med slik utstasjonering i dagens økonomi. ILO-konvensjon nr. 94 tar sikte på å sikre ryddige forhold for de arbeidstakere som allerede befinner seg på arbeidsstedet eller arbeidsstaten, ved at disse ikke skal konkurrere med tilreisende arbeidstakere om lønnskostnader ved oppfyllelse av offentlige kontrakter innen bygg og tjenester. Konvensjonen har dermed en lovvalgsdimensjon ved grensekryssende arbeidsforhold.

ILO-konvensjon nr. 94 gjelder offentlige anskaffelser, og konvensjonen er implementert i anskaffelsesloven¹³ her hjemme. Den reiser likevel arbeidsrettslige vurderingstema, og rettspraksis fra EF-domstolen viser at det er den grunnleggende retten til fri tjenesteutveksling som er avgjørende der anskaffelsesregler inneholder arbeidsrett. Konvensjonens virkemiddel er å gjøre fremforhandlet tarifflønn gjeldende gjennom anskaffelseskontrakten også for uorganiserte mobile arbeidstakere. De EF-rettslige reglene har et mer sammensatt formål, og tar sikte på å forene sunn konkurranse, klare regler og adekvat beskyttelsesnivå med fri utveksling av tjenesteytelser. Fellesskapsrettslige begrensninger kan dermed stille krav til nasjonale ordninger som kan resultere i at utenlandske arbeidstakere arbeider på dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn sine innenlandske kolleger eller konkurrenter.

Dersom avviket mellom hva innenlandske og utenlandske arbeidstakere mottar blir av en viss størrelse, kan dette betegnes som sosial dumping. Det er viktig å være oppmerksom på at sosial dumping ikke er et rettslig begrep, og et begrep som brukes aktivt i politisk retorikk. I St.meld. nr. 2 (2005-2006) går det frem at det etter Regjeringens vurdering er sosial dumping når:

”utenlandske arbeidstakere ... utsettes for brudd på helse-, miljø og sikkerhetsregler, herunder regler om arbeidstid og krav til bostandard, og/eller når de tilbys lønn og andre ytelser som er uakseptabelt sammenliknet med hva norske

¹³ Lov 16. juni nr. 69 1999 om offentlige anskaffelser.

arbeidstagere normalt tjener eller ikke er i tråd med allmenngjøringsforskrifter der slike gjelder” (s. 63).

Andre kan vurdere det annerledes og legge mer eller mindre i begrepet. Motstykket til sosial dumping er proteksjonisme eller sosial proteksjonisme. Tankegangen bak dette begrepet er at stater med høyt beskyttelsesnivå ved å gjøre nasjonale reguleringer gjeldende, hindrer andre i å ta del i den økonomiske vekst og velferd.¹⁴ Denne siden av saken er nærmest fraværende i den norske debatten, men er nødvendig for å forstå fellesskapsrettens lovgivning, og kanskje særlig EF-domstolens avveininger.

1.3 Avgrensninger

Avhandlingen redegjør ikke for ILO-systemet generelt, og andre ILO-normeringer enn konvensjon nr. 94 faller utenfor avhandlingen. Dette innebærer at jeg ikke vil gå inn i vurderinger av forholdet mellom EF-retten og ILO-konvensjoner generelt. *Viking* og *Laval* reiser problemstillinger om forholdet mellom streikeretten slik den er sikret ved ILO-konvensjonene nr. 87, 98 og 144,¹⁵ og fellesskapsrettens prinsipper om fri bevegelighet. Faktum i disse sakene og EF-rettens begrensninger for arbeidskampretten vil jeg ikke gå inn i. Disse spørsmål er vel dekket i litteraturen.¹⁶ Avgrensning mot kampretten i EF innebærer imidlertid ikke at konvensjon nr. 94 sees isolert fra andre ILO-normeringer. Et sentralt poeng er nettopp at denne konvensjonen bygger på ILOs prinsipper om hvordan lønns- og arbeidsvilkår bør komme i stand.

Allmenngjøringsloven og EØS-rettens skranker for Tariffnemndas kompetanse til å treffe allmenngjøringsvedtak faller utenfor oppgaven. Også disse problemstillingene er godt dekket i hjemlig litteratur.¹⁷ Ordningen med allmenngjøring henger imidlertid nært

¹⁴ Biagi 1998, s. 179.

¹⁵ Convention No. 87, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948, Convention No. 98, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949, Convention No. 144 Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976.

¹⁶ Se særlig: Reich 2008, Orlandini 2008 og Malmberg og Sigeman 2008.

¹⁷ Hjelmeng og Kolstad 2006, Evju 2006, Stensvik 2007, Kolstad 2008, Graver 2008.

sammen med konvensjon nr. 94s forpliktelser, og redegjørelsen for EØS-rettens begrensninger for å anvende nasjonale reguleringer gjør seg selvsagt også gjeldende for hvordan allmenngjøringsloven kan utnyttes.

1.4 Rettskildebildet

Fordi avhandlingen tar sikte på å klarlegge innholdet av internasjonale forpliktelser ved ILO-konvensjon nr. 94 holdt opp mot EØS-rettslige begrensninger, reises særlige metodiske problemstillinger. Når en befatter seg med internasjonal rett, er det metodisk riktigst først å klarlegge innholdet av den internasjonale regel slik den tolkes etter det aktuelle rettssystems rettskildelære før dennes vekt eller gjennomslagskraft i norsk rett vurderes. Etter min mening avslører avhandlingen at det er nødvendig å starte i rett ende, og at det kan bære galt av sted dersom internasjonale forpliktelser for enhver pris skal innpasses i etablerte reguleringsmåter nasjonalt. Dette er gjerne resultatet dersom innholdet i internasjonale forpliktelser ikke er klart fastslått før disse trekkes inn i et norsk metodisk perspektiv.

Verken ILO-konvensjoner eller fellesskapsrett er autentisk i norsk språkdrakt. Konvensjon nr. 94 er kun autentisk på engelsk og fransk, mens alle medlemsstaters språk er likestilte i fellesskapsretten. En følge av dette er at feil og uklarheter kan oppstå, jeg har derfor sammenholdt danske og engelske språkversjoner. En rettskildemessig utfordring ved tolkning av ILO-konvensjoner er at det ikke finnes autoritative tolkninger av disse. ILO har ingen egen domstol, og muligheten til å forelegge tolkningsspørsmål for den internasjonale domstol i Haag, anvendes ikke.¹⁸ Konvensjonene er i tillegg tiltenkt et globalt virkeområde, og ordlyden tar derfor høyde for ulike rettstradisjoner. Dette gjør ordlyden uklar, og særlig gjør dette seg gjeldende ved ILO-konvensjon nr. 94 fordi den ikke garanterer minimumsrettigheter men skal sikre visse arbeidstakere like god beskyttelse etter nasjonal rett som andre tilsvarende arbeidstakere. I praksis er det ILOs to fagkomiteer som har oppgaven med å tolke konvensjonenes innhold og rekkevidde. Ved prosedyrer for tilsyn og rapportering avgir Ekspertkomiteen årlig en rekke uttalelser om forståelsen av ILO-

¹⁸ Jfr. ILO-Statuttene art. 37, og Uggerud 1997, s. 601.

konvensjoner og oppfølgingen av disse nasjonalt. Komiteen for organisasjonsfrihet bør sees nærmest som en klageinstans som årlig avgir en rekke uttalelser om organisasjonsfrihet, derunder streikeretten og forhandlinger. I tråd med folkerettslig metode, og fordi Ekspertkomiteen har avgitt få tolkningsuttalelser om konvensjon nr. 94, får ordlyden større vekt.

Traktaters ordlyd skal tolkes med utgangspunkt i ordlyden og den alminnelige språklige forståelse, lest i sammenheng og i lys av traktatens formål jfr. Wienkonvensjonen art. 31 (1).¹⁹ Ved tolkning av ILO-konvensjon nr. 94 kan det være grunn til å legge vektlegge formålet slik det kommer til uttrykk i forarbeider i noe større grad enn Wien-traktaten art. 32 anviser. På området for sosiale-, humanitære- og rettighetspregede internasjonale forpliktelser blir det gjerne lagt større vekt på formålsbetraktninger enn ved andre internasjonale normeringer.²⁰ Et godt eksempel er Den Europeiske menneskerettighetsdomstol.

I motsetning til konvensjon nr. 94 er fellesskapsretten i høy grad gjenstand for autoritativ tolkning gjennom EF-domstolens praksis. Det er ikke tvilsomt at EF-domstolens avgjørelser har en betydelig rettskildemessig vekt i fellesskapsretten, likeledes er det utvilsomt at EF-domstolens rettspraksis er en svært tungtveiende rettskildefaktor også for EFTA-domstolen, jfr. den såkalte *Redken-saken*,²¹ avsagt sommeren 2008.

I avsnitt 27 legger EFTA-domstolen til grunn:

”EØS-avtalens hovedformål er å opprette et ensartet EØS, jfr. blant annet art. 1 nr. 1 og fortalens fjerde og femte betraktning. Ensartet tolkning og anvendelse av felles regler er en grunnforutsetning for at det indre marked i EØS skal fungere effektivt. Homogenitetsprinsippet leder derfor til en presumpsjon for at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EF-retten, skal fortolkes på samme måte. Imidlertid kan forskjeller i virkeområde og formål under særlige omstendigheter lede til tolkningsforskjeller mellom EØS-retten og EF-retten.”

¹⁹ Wienkonvensjonen om traktatretten, 1969. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett jfr. Ruud og Ulfstein 2002, s. 62.

²⁰ Fitzmaurize 1951, i Dixon & McCorquodale 2003, s. 84.

²¹ Forente saker E-9/07 og E-10/07 *Redken* (ennå ikke publisert).

Fordi EFTA-domstolen ikke har noen praksis om utstasjoneringsdirektivet, blir EF-domstolens rettspraksis den sentrale rettskilde ved siden av lovgivning, jfr. forsåvidt Rt. 2006 s. 71 som også gjaldt tolkning av implementert EØS-rett. Som en følge av at rettspraksis er knyttet til EF-traktatens regler, viser jeg i det vesentlige til dennes bestemmelser og ikke EØS-avtalens bestemmelser og nummerering.

Like fullt er det naturligvis EØS-retten og ikke EF-retten som holdes opp mot våre folkerettslige forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 94, og vår implementering av denne. Hva gjelder forholdet til øvrige folkerettslige forpliktelser kan det nettopp tenkes forskjeller i virkeområde og formål under særlige omstendigheter.

Spørsmålet om ILO-konvensjoners rettskildemessige vekt er sammensatt, og her bør en skille mellom presumpsjonsprinsippets gjennomslagskraft for folkerettslige forpliktelser med grunnlag i ordlyden og komiteenes rådgivende uttalelser.²² På tross av at uttalelsene ikke har rettsvirkninger som dommer for den aktuelle stat viser Rt. 2001 s. 248 at Høyesterett har lagt vekt på, og tolket norske bestemmelser i lys av, konvensjon nr. 98 hvis innhold i det vesentlige er fastlagt på bakgrunn av uttalelser fra komiteen for organisasjonsfrihet. Den nokså avvisende tilnærmingen vi ser i Rt. 1997 s. 580 (OFS-saken) må dermed anses fraveket i senere praksis.²³ Tilnærmingen i OFS-saken har heller ikke gjenklang i rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol som Høyesterett i dag legger stor vekt på menneskerettighetsområdet.²⁴

Det bør imidlertid bemerkes at praktiseringen av konvensjonene nr. 87 og 98 ikke nødvendigvis har særlig overføringsverdi til konvensjon nr. 94. Den har på ingen måte vært gjenstand for en tilsvarende tolkningsutvikling som konvensjonene nr. 87 og 98, og de av Ekspertkomiteens tolkninger jeg har valgt å inkludere er i stor grad knyttet til konvensjonsteksten. Siden Stortinget valgte å ratifisere konvensjon nr. 94. har

²² Graver 2003 s. 477.

²³ L.c.

²⁴ Se nærmere Uggerud 1997, s. 593-597, og EMD-1990-16130, Sigurjónsson mot Island.

Ekspertkomiteen ikke skiftet kurs i sin tolkning av konvensjonen, men holdt fast ved ordlyden.

1.5 Veien videre

Avhandlingen er delt inn i fire deler. Del II inneholder en selvstendig redegjørelse for innholdet i ILO-konvensjon nr. 94 og de forpliktelser som kan utledes av denne.

Konvensjonen er et nokså perifert rettslig instrument som ikke har vært gjenstand for mye oppmerksomhet i juridisk teori, verken i Norge, utenlands eller fra ILOs organer. Den er like fullt bindende folkerett for ratifiserende stater, og et instrument som har fått økt aktualitet som et hovedtema på arbeidskonferansen i 2008. Et formål med min forholdsvis brede redegjørelse for konvensjonen er å vise hvilke vurderinger som ligger til grunn for konvensjonen i større grad enn tidligere fremstillinger. Fordi konvensjonen har en uklar ordlyd og mangler autoritativ tolkning, vil jeg særlig legge vekt på grunnstrukturen i konvensjonen og sammenhengen med øvrige ILO-normeringer.

En avsluttende bit av redegjørelsen for konvensjonen er historien om hvordan den fant veien til det norske lovverket. Formålet her er å avdekke hvilken tilnærming norsk lovgiver hadde til konvensjonens reguleringer, og hvordan konvensjonen er gjennomført her.

Hvordan dagens regelverk står seg mot EØS-retten, er derimot tema i del IV.

Del III tar sikte på en selvstendig redegjørelse av EF/EØS-rettslige begrensninger for anvendelse av nasjonal arbeidsrett overfor utenlandske utstasjonerte arbeidstakere. Med ILO-konvensjon nr. 94 som rettslig bakgrunn vil jeg fremheve det som skiller regelsettene, og forhåpentligvis identifisere ulikheter og utviklingstrekk for leseren. Jeg har imidlertid unngått skjematiske oppstillinger av EF-retten opp mot konvensjonen. Grunnen er nettopp formålet om å gi et helhetlig inntrykk av EØS/EF-rettens innvirkning på nasjonal kompetanse til å regulere arbeidstakere under tjenestefriheten. Det gjør også fremstillingen mer leservennlig og egnet til å avklare også andre spørsmål enn det noe snevre tema for ILO-konvensjon nr. 94. Om kort tid faller overgangsreglene for arbeidstakerfriheten bort.

Dette åpner i prinsippet for at EU-8²⁵ arbeidstakere kan ansettes på dårligere vilkår enn hva norske arbeidstakere vil kreve, selv om min mening er at så ikke vil skje. Med et slikt fremtidsbilde synes det mer interessant å diskutere nasjonale muligheter til å anvende egne reguleringer mer generelt, fremfor en skarp oppdeling for å innpasse konvensjonen i EF-retten. Dette kan dessuten bære galt av sted systematisk og kronologisk.

Del IV fokuserer på spørsmålet om regelsettene kan forenes, og hvordan en eventuell konflikt skal løses i EØS. Et særlig poeng er at Kommisjonen i en kommisjonsmeddelse nylig har oppfordret alle medlemsstater til å ratifisere og anvende alle oppdaterte ILO-konvensjoner.²⁶ Konvensjon nr. 94 er som nevnt en av disse, men er ikke nevnt spesielt i kommisjonsmeddelsen.

DEL II

2 ILO-konvensjon nr. 94, Labour Clauses (Public Contracts) Convention

2.1 Innledning og problemstilling

ILO-konvensjon nr. 94 ble vedtatt på ILOs arbeidskonferanse i 1949 og utgjør sammen med Rekommandasjon nr. 84 ILOs rettslige rammeverk for hvilke arbeidsrettslige reguleringer som kommer til anvendelse ved oppfyllelse av tjenestekontrakter som

²⁵ Avhandlingen benytter de samme begreper som Kommisjonen ved angivelse av de ulike stater; EU-15 refererer til EU-stater som var del i EU før 1. mai 2004;

EU-10 refererer til alle EU-stater som sluttet seg til EU 1. mai 2004;

EU-8 refererer til alle EU-10, bortsett fra Malta og Kypros som ikke er underlagt overgangsregler;

EU-2 referer seg til Bulgaria og Romania.

²⁶ COM(2008) 412 final, s. 15.

offentlige myndigheter er part i. Hovedregelen i konvensjonen finnes i art. 2, og det sentrale er at ratifiserende stater skal ta inn særlige arbeidsklausuler i offentlige kontrakter som er dekket av konvensjonen. Disse skal sikre ansatte hos den offentlige parts medkontrahent lønns og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som er etablert for tilsvarende arbeid i bransjen på stedet der arbeidet gjøres. Konvensjonens formål er todelt, for det første å unnta kostnader til arbeidskraft fra konkurransen om offentlige kontrakter, for det andre å sikre at offentlige myndigheter ikke bidrar til press på opparbeidete lønns- og arbeidsvilkår på arbeidsstedet.

I forhold til avhandlingens overordnede problemstilling er særlig tre spørsmål sentrale:

- hvilke kontrakter omfattes av konvensjonen og skal inneholde arbeidsklausul;
- hvilke typer lønns- og arbeidsvilkår skal gjøres gjeldende ved klausulen og;
- hvilke nasjonale rettsgrunnlag er det konvensjonen anviser at skal være bestemmende for innholdet av klausulenes lønns- og arbeidsvilkår. Det siste peker dermed direkte på hvilket lønnsnivå konvensjonen gjør bestemmende.

2.2 Kort om Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO)

Den internasjonale arbeidsorganisasjonen ble stiftet i 1919, og er De forente nasjoners fagorgan i arbeidslivsspørsmål.²⁷ Organisasjonen har sitt rettslige grunnlag i ILO-Statuttene og Philadelphia-erklæringen der særlig første betraktning ”labour is not a commodity” illustrerer ILOs målsetninger. Siden opprettelsen har ILO vedtatt en rekke konvensjoner. Etter ILO-Statuttene art. 19 (5)(d), skal medlemsstater som velger å ratifisere,

”take such action as may be necessary to make effective the provisions of such Convention”. De fleste konvensjoner sikrer minimumsrettigheter og suppleres i rekommandasjoner som ikke kan ratifiseres. Medlemsstater kan si opp konvensjoner etter et tiårssystem fra konvensjonen trådte i kraft eller staten ratifiserte. Om en stat ikke sier opp en konvensjon i løpet av det tiende året etter ratifikasjon, kan den først sies opp etter en

²⁷ Jfr. FN-pakten art. 57. 182 av verdens stater er medlemmer i ILO, 192 totalt i FN.

påfølgende tiårsperiode.²⁸ ILO er basert på en trepartsstruktur der arbeidstaker- og arbeidsgiversiden sammen med regjeringsdelegater er representert i det lovgivende organ, den årlige arbeidskonferanse. Også de to øvrige organer, Det internasjonale arbeidsbyrået og ILOs styre er basert på trepartsstruktur.²⁹ Overholdelse av ILO-konvensjoner er basert på et nokså innfløkt rapporterings- og klagesystem, men mangler sanksjonssystemer utenom klander.³⁰ På bakgrunn av medlemsstatenes rapporter utarbeider den uavhengige Ekspertkomiteen årlig en rapport om forståelsen og anvendelsen av konvensjonen.

Siden 1998 har ILO særlig fokusert på fire områder, og åtte fundamentale konvensjoner om organisasjonsfrihet,³¹ avskaffelse av tvangsarbeid,³² ikke-diskriminering³³ og eliminering av barnearbeid. Disse konvensjonene binder alle medlemsstater uavhengig av ratifikasjon. I tillegg finnes en rekke oppdaterte konvensjoner som ILO fører tilsyn med, derunder konvensjon nr. 94. I tillegg finnes enkelte foreldede instrumenter som ikke følges opp. Selv om EU er en viktig støttespiller for ILO, er det sparsomt med henvisninger til ILOs rettsakter i EU-retten.³⁴ Både i *Laval* og i *Viking* henviser likevel EF-domstolen til konvensjonene nr. 87 og 98, og anvender disse som rettsgrunnlag for å stadfeste at retten til kollektive kampmidler er fundamentale rettigheter i EF-retten.

2.3 Konvensjon nr. 94, bakgrunn og formål

ILO-konvensjon nr. 94s tilblivelse er nært knyttet til forholdene etter andre verdenskrig, og konvensjonens bakgrunn er rapporten "Future policy, programme and status of the International Labour Organization" som ble fremlagt i forbindelse med Philadelphia-konferansen i 1944. Utfallet av verdenskrigen var på denne tiden klart, og på ILO-konferansen ble det ansett som en viktig oppgave å sikre "fair labour practices in funding

²⁸ Jfr. konvensjon nr. 94 art. 14.

²⁹ SOU 2006:28, s. 318.

³⁰ *Ibid.*, s. 321.

³¹ Konvensjonene nr. 87 og 98.

³² Konvensjonene nr. 29 og 105.

³³ Konvensjonene nr. 100 og 111.

³⁴ Nielsen 2008b, s. 5.

the gigantic efforts of rebuilding devastated countries and restructuring ruined economies”.³⁵ Hovedformålet med konvensjonen frem mot vedtakelsen var å sikre stedlige lønns- og arbeidsvilkår ved oppbygningen etter krigen, og bevisstgjøre offentlige myndigheter på at anskaffelsesprosesser kan friste anbydere til å senke lønns- og arbeidsvilkår for å få tildelt kontrakter.³⁶ Konvensjonen ble til i en tid uten globalisering og regionale organisasjoner som EF, og retter seg ikke primært mot internasjonale forhold.

Konvensjonen må sees i sammenheng med de øvrige ILO-standarder, særlig konvensjon nr. 87 og 98 om organisasjonsfriheten og retten til kollektive forhandlinger. Konvensjon nr. 87 ble vedtatt på arbeidskonferansen i 1948, og konvensjon nr. 98 ble vedtatt på arbeidskonferansen i 1949, bare fem dager etter konvensjon nr. 94. Dette gjenspeiles i Ekspertkomiteens uttalelser. Sammenhengen mellom konvensjonene om organisasjonsfrihet og forhandlinger og konvensjon nr. 94, er at sistnevnte unntar eventuelle lønnsforskjeller mellom lokal og mobil arbeidskraft på arbeidsstedet fra regnestykket ved at det lokalt forhandlede gjøres gjeldende uavhengig av om arbeidstakerne er tilsluttet tariffavtale. Det er slik arbeidsklausulene skal motvirke press på etablerte lønns- og arbeidsvilkår ved offentlige anskaffelser, og derved tilstrebe formålet om at alle anbudsgivere som et minimum respekterer nærmere angitte lokale lønns- og arbeidsvilkår. På denne måten unngås også at offentlige myndigheter bidrar til press på opparbeidede faglige rettigheter.³⁷ Grunntanken er altså at myndighetene i en markedsøkonomisk stat ikke legger seg opp i kontrakter private i mellom, men der det er det offentlige, og primært staten selv som står som oppdragsgiver, påhviler det denne et moralsk og rettslig ansvar for å sikre at lønns- og arbeidsvilkår samsvarer med det som er tariffestet eller alminnelig i vedkommende bransje der arbeidet utføres.³⁸

³⁵ Humblet m.fl. 2001, s. 282.

³⁶ Humblet m.fl., 2001, s. 281.

³⁷ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. xiii.

³⁸ *Ibid*, s. 1.

Mottakelsen av konvensjonen i det internasjonale samfunn var ikke overveldende. Mange stater ratifiserte de første årene etter dens tilblivelse, men bare et fåtall har gjennomført konvensjonen på en måte ILOs ekspertkomité finner tilfredsstillende.³⁹

I dag er konvensjonen ratifisert av 60 av ILOs 182 medlemsstater. Ti av dagens EU-medlemsstater er blant de som har ratifisert, og som nevnt ratifiserte Norge i 1996.

2.4 Hvilke kontrakter omfattes av konvensjonen?

Konvensjonen regulerer særlige arbeidsrettslige aspekter ved offentlige kontrakter og går dermed ut over det som gjelder også mellom private ved lovgivning. Artikkel 1 definerer konvensjonen anvendelsesområde. Etter bestemmelsen skal det inntas arbeidsklausuler i kontrakter som oppfyller følgende vilkår:

- ”(a) that one at least of the parties to the contract is a public authority;
- (b) that the execution of the contract involves—
 - (i) the expenditure of funds by a public authority; and
 - (ii) the employment of workers by the other party to the contract;
- (c) that the contract is a contract for –
 - (i) the construction, alteration, repair or demolition of public works;
 - (ii) the manufacture, assembly, handling or shipment of materials, supplies or equipment; or
 - (iii) the performance or supply of services; and
- (d) that the contract is awarded by a central authority of a Member of the International Labour Organisation for which the Convention is in force.”

Det er opp til nasjonal lovgiver å avgjøre om kontrakter inngått av andre enn sentrale myndigheter skal omfattes etter art. 1(2), og etter art. 1(3) kommer konvensjonen også til anvendelse for underentreprenører og kontraktsmedhjelpere.

Offentlige sentrale myndigheter

Som et anskaffelsesrettslig instrument er et første vilkår for at en kontrakt skal inneholde arbeidsklausul at minst en av partene i kontrakten er ”public authority” jfr. 1(1)(a). Dette innebærer at reglene også kommer til anvendelse ved kontrakter mellom to offentlige

³⁹ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 101.

myndigheter.⁴⁰ Konvensjonen presiserer ikke hva som menes med ”public authority”, og av forarbeidene går det fram at definisjon er unnlatt av hensyn til statenes skjønnsmargin ved gjennomføringen av reglene.⁴¹ Det synes dermed klart at konvensjonen ikke krever at klausuler skal inntas i kontrakter inngått av foretak organisert eksempelvis gjennom offentlig-privat samarbeid. Dette utgangspunktet begrenses i art. 1(2), som bare gjør arbeidsklausuler obligatorisk i kontrakter der den offentlige part er en ”central authority”. Noen definisjon på hvilke organer som er ”central authority” gir konvensjonen ikke. I en ”informal opinion” har Arbeidsbyrået lagt til grunn:

”Thus while the Convention has to be applied to departments and agencies under the direct control of the central governments, its application to local authorities and to autonomous public bodies and institutions would be a matter for determination by the Government under the discretion granted by Article 1, paragraph 2.”⁴²

Dette omfatter departementer og andre myndigheter underlagt sentralmyndigheter, men ikke lokale myndigheter. Som påpekt av Krüger m.fl. innebærer dette at konvensjonens anvendelsesområde blir nokså begrenset under dagens forhold, ”most important public contracts nowadays can be said to be made by local or regional authorities.”⁴³ Det er dermed opp til de ratifiserende staters myndigheter hvorvidt majoriteten av relevante anskaffelseskontrakter skal omfattes av konvensjonens krav.⁴⁴

Utbetaling av offentlige midler og sysselsetting av arbeidstakere

For at en offentlig kontrakt skal omfattes må kontrakten innebære anvendelse av offentlige midler og sysselsetting av arbeidskraft hos den offentliges medkontrahent. Selvstendig næringsdrivende organisert for eksempel som enkeltmannsforetak faller dermed utenfor. Sammenhengen mellom vilkårene innebærer at disse er kumulative.⁴⁵ Verken konvensjonsteksten eller forarbeidene klargjør hvor nær årsakssammenheng som kreves

⁴⁰ Krüger, Nielsen og Bruun 1998, s 217.

⁴¹ ILC, 31st Session, San Francisco, 1948, Report VI (b)(2), s. 41.

⁴² Brev til Fiji, gjengitt i SOU 2006: 26, s. 340.

⁴³ Krüger, Nielsen og Bruun 1998, s. 219.

⁴⁴ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s 26.

⁴⁵ Krüger, Nielsen og Bruun 1998, s. 218.

mellom overføring av offentlige midler og utførelse av arbeid, og årets rapport om konvensjonen nøyer seg med å konstatere at vilkårene oppstiller en symmetri.⁴⁶ Et annet spørsmål, som antagelig er mer relevant i dag enn ved vedtakelsen av konvensjonen, er om en finansiell investering foretatt av offentlig myndighet, kanskje særlig med sikte på utbygging av infrastruktur, faller inn under traktattekstens ”expenditure”.⁴⁷

Ekspertkomiteen har ingen konklusjon, men formålsbetraktninger tilsier at slike kontrakter omfattes selv om det i teknisk forstand er tale om investeringer og ikke forbruk.

Konvensjonens formål er å sikre stedlige lønns- og arbeidsvilkår. Hvordan kontrakten er finansiert bør spille mindre rolle.

Tjeneste- og byggekontrakter

Konvensjonens art. 1(1)(c) stiller i tillegg krav til kontrakten med hensyn til *hva som skal ytes*. Begrensningene til kontraktens gjenstand bør sees i sammenheng med at arbeidsklausulenes innhold også kommer til anvendelse nedover i kontraktskjeden, og konvensjonens formål om å sikre det etablerte nivå. Kontrakter som omfattes er slike som gjerne oppfylles ved mobil arbeidskraft. Konvensjonens forarbeider presiserer imidlertid ikke nærmere hvilke kontrakter som omfattes.⁴⁸ Ordlyden omfatter bare tjenstekontrakter, anskaffelser av varer faller utenfor med mindre det er tale om varer tilvirket spesielt for den offentlige myndighet, jfr. ”the manufacture, assembly”.⁴⁹ For varer produsert spesielt for den offentlige myndighet i utlandet skal det etter ordlyden innsettes arbeidsklausuler der det avgjørende for hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal gjelde, er det etablerte nivå på det utenlandske arbeidssted. Krüger m.fl., legger tilsynelatende det motsatte til grunn, at konvensjonen ikke kommer til anvendelse der arbeidstakere ikke er flyttet fra sitt hjemland. Begrunnelsen er at det må trekkes en distinksjon mellom kontrakter som nødvendiggjør import av arbeidskraft, og forsyningskontrakter som implisitt bør reguleres av retten der

⁴⁶ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 23

⁴⁷ L.c.

⁴⁸ Nielsen og Rehof 1998, s. 263.

⁴⁹ Nielsen 1995, s. 95.

arbeidstakerne er ansatt.⁵⁰ Ekspertkomiteen legger derimot til grunn at ordlyden ikke gir holdepunkter for at konvensjonen ikke skal anvendes ved arbeid i andre land enn den ratifiserende staten.⁵¹ For eksempel kan det forekomme at moduler til bygninger som ledd i en entreprisekontrakt produseres i utlandet. Her følger den private parts forpliktelser av kontrakten, og ikke konvensjonen som har staten som pliktsubjekt. Et særlig spørsmål kan reises der en tjenestetilbyder som en del av kontrakten produserer varer etter det offentliges spesifikasjoner som dels skal gå inn i lagerbeholdning, og dels er produsert for oppfyllelse av den konkrete offentlige tjenestekontrakt.⁵² Det vil i slike tilfeller være svært vanskelig å avgjøre hvilke arbeidstakere som er beskjeftiget med oppfyllelse av den offentlig kontrakt, og hvem som produserer for lagerbeholdning. Ekspertkomiteen har ikke gått inn i spørsmålet, og det må antas at konvensjonen ikke omfatter arbeid der det ikke er mulig å identifisere hvem som faktisk er beskjeftiget med oppfyllelse av den offentlige kontrakten. Dette stemmer best overens med utgangspunktet om at tilvirkning av generiske varer ikke er dekket, men at tilvirkning av varer for oppfyllelse av offentlig kontrakt etter nærmere spesifikasjoner i denne er omfattet. Som Ekspertkomiteen bemerker vil det avgjørende ofte vil være hvor langt ned i kontraktskjeden en kan tale om underleverandører og kontraktsmedhjelpere.⁵³ Et annet spørsmål er hvor langt en kan nå i håndhevelsen av klausulene ved arbeid i utlandet.

Underentreprenører og kontraktsmedhjelpere

Konvensjonens art. 1(3) tar høyde for at tjenestekontrakter gjerne består av lange kontraktskjeder der bare første ledd står i kontraktsforhold med offentlig myndighet. Av denne grunn kommer konvensjonen også til anvendelse på arbeid utført av underentreprenører og kontraktsmedhjelpere. Etter ordlyden tilligger det statene å sikre anvendelse av arbeidsklausuler nedover i kontraktskjeden med passende midler jfr. art. 4. Det innebærer at konvensjonsstatene både har frihet til selv å definere hvor langt ned i

⁵⁰ Krüger, Nielsen og Bruun, 1998, s. 226.

⁵¹ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 98

⁵² *Ibid.*, s. 24.

⁵³ *Ibid.*, s. 98.

kontraktskjeden arbeidsklausuler skal inntas, og hvordan dette skal håndheves.⁵⁴ På tross av at utgangspunktet er at statene selv definerer hvem som anses som kontraktsmedhjelpere, presiserer Ekspertkomiteen i General Survey 2008 at konvensjonens formål er å påvirke forholdene for arbeidstakere som er involvert i utførelsen av en offentlig kontrakt. I forhold til hvilke ytelser som omfattes, begrenses dermed konvensjonen til virksomheter som tilvirker produkter spesifisert til et ferdig produkt etter offentlig kontrakt.

Unntak

Art.1(4-5) oppstiller visse unntak fra forpliktelsen til å innta arbeidsklausuler.

Art. 1(4) åpner for beløpsgrenser for hvilke kontrakter som er underlagt regelverket, og gir de tilsluttede stater en vid skjønnsmargin ved fastsettelse av terskelverdier.

Beløpsterskelen skal imidlertid fastsettes av rett myndighet i *samråd* med organisasjoner for vedkommende arbeidsgivere og arbeidere.⁵⁵ Bakgrunnen ved vedtakelsen var å muliggjøre bredest mulig tilslutning.⁵⁶

Artikkel 1 nr. 5 gjør unntak for personer som er i ledende stillinger eller utfører arbeid av,

”technical, professional or scientific character whose conditions of employment are not regulated by national laws or regulations, collective agreement or arbitration award and who do not ordinarily perform manual work.”.

Ved utformingen av konvensjonen var tanken bak unntaket at den beskyttelse arbeiderklausulene gir ikke var nødvendig for ansatte i slike stillinger.⁵⁷ Bestemmelsen etterlater stort rom for tolkning, men det sentrale er at arbeidstakere som ikke behøver den tilleggbeskyttelse arbeidsklausulene tilbyr, ikke er dekket. Dagens spesialisering av arbeidsoppgaver gjør at det kan være vanskelig å operere med en distinksjon mellom

⁵⁴ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s 27.

⁵⁵ Norsk oversettelse er inntatt i St.prp. nr. 63, 1950 s.38.

⁵⁶ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s 30.

⁵⁷ ILC, 31st Session, San Francisco, 1948, Report VI (b) (2), s. 32

manuelt arbeid der klausuler er nødvendig, og mer teknisk eller fagmessig arbeid der det ikke er nødvendig med slike garantier.

Oppsummering

Samlet sett etterlater konvensjonens nokså vage kriterier for hvilke kontrakter som omfattes en betydelig skjønnsfrihet for ratifiserende stater. I prinsippet dekkes alle offentlige tjenstekontrakter, men statenes frihet til selv å avgjøre hvorvidt andre offentlige myndigheter enn de sentrale skal innta arbeidsklausuler i tjenstekontrakter gjør klausulene obligatoriske i et fåtall offentlige kontrakter. Også andre spørsmål står uløst med hensyn til konvensjonens anvendelsesområde. Den nærmere avgrensningen av hvilke typer kontrakter som omfattes ble ikke drøftet i forarbeidene, og er sparsomt behandlet både i litteraturen og av ILOs organer. Som Rekommandasjon nr. 84 viser hviler det dermed et stort ansvar på de ratifiserende stater for å sikre at konvensjonens når sitt formål.

2.5 Arbeidsklausulenes ufravikelige innhold

Hovedregelen i konvensjon nr. 94 er art. 2(1), som lyder:

”Contracts to which this Convention applies shall include clauses ensuring the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned in the district where the work is carried on.”.

Arbeidsklausulene art. 2 krever inntatt, pålegger dermed private parter en kontraktsrettslig forpliktelse til å tilby sine ansatte lønns- og arbeidsvilkår tilsvarende det øvrige arbeidstakere i samme bransje på samme sted mottar.⁵⁸ Om leverandøren selv er tilsluttet tariffavtale har ingen betydning.⁵⁹ Oppfyllelse av konvensjonen forutsetter at slike klausuler inntas i hver enkelt anskaffelseskonsert som omfattes av konvensjonen. Dette reiser særlige spørsmål med hensyn til gjennomføringen av konvensjonen nasjonalt. ILO-Statuttene art. 19(5)(d) oppstiller ikke krav om implementering av konvensjoner i nasjonal rett. For konvensjon nr. 94 har Ekspertkomiteen ved gjentatte anledninger

⁵⁸ Nielsen 1995, s. 96.

⁵⁹ SOU 2006: 28, s. 344.

presisert at inkorporering heller ikke er en tilstrekkelig gjennomføring da konvensjonen ikke er selv-effektuerende, men at arbeidsklausuler skal innsettes i hver enkelt omfattet kontrakt.

Konvensjonen regulerer ikke det materielle innholdet ved minimumskrav eller lignende, men fastsetter hvilke av arbeidsstedets standarder som kommer til anvendelse ved oppfyllelse av offentlige kontrakter. De anvendelige standarder skal etter art. 2(3) fastsettes av kompetent myndighet i samråd med arbeidslivets organisasjoner, men det er ikke meningen at innholdet i klausulene skal fremforhandles for hver enkelt kontrakt.⁶⁰ En viktig bestemmelse er art. 2(4) om at offentlige oppdragsgivere klart skal tilkjennegi at kontrakten forplikter oppdragstakeren til å anvende arbeidsstedets etablerte lønns- og arbeidsvilkår. Det er nødvendig dersom tilbyderer skal innregne kostnader som følger av at arbeidsstedet lønns- og arbeidsvilkår gjøres gjeldende ved kontrakten.

Hvilke typer lønns- og arbeidsvilkår skal gjøres gjeldende (tematiske begrensninger)

Ordlyden i art 2(1) omfatter ikke bare lønninger herunder godtgjøringer og arbeidstid, men også andre arbeidsvilkår. Det synes klart at ordlyden ikke kan tas helt på ordet hva gjelder "other conditions of labour". Sammenhengen med art. 3 om at arbeidsstedets lovgivning om arbeidsmiljø også skal finne anvendelse ved offentlige kontrakter innebærer at ikke alle reguleringer skal baseres på det stedlige nivå. Verdt å merke seg er den upresise angivelsen av hvilke lønnselementer som skal kontraktsfestes. Nielsen legger til grunn at utformingen skyldes at det ved vedtakelsen var meningen at alle lønnselementer skulle omfattes av ordlyden.⁶¹ Dette gir sammenheng med konvensjonens formål om likebehandling av alle arbeidstakere som er sysselsatt ved offentlige kontrakter, uavhengig av om arbeidstakerne er dekket av tariffavtaler.

Fordi ordlyden er såpass knapp, er det naturlig å se hen til rekommandasjonens presiseringer. Etter dennes art. 2 omfattes normal og overtidbasert lønn,

⁶⁰ Krüger, Nielsen og Bruun 1998, s. 239.

⁶¹ Nielsen 1995, s. 96.

detaljbestemmelser om utregning av overtid samt ferie, sykdom og permisjonsbestemmelser. Med tanke på at rekommandasjoner gir uttrykk for hvordan konvensjoner ideelt sett bør gjennomføres, er det grunn til å tolke konvensjonens art. 2 ”other conditions of labour”, innskrenkende. Det konvensjonen forplikter kontraktsfestet er først og fremst slike vilkår der tariffavtaler gjerne går utover lovbestemte minstekrav. Særlig gjelder dette lønn (herunder godtgjørelser), arbeidstid, overtid og overtidsbetaling, sykdomsfri og ukentlig hvile.⁶² Her gjelder det ikke avtalefrihet mellom den offentlige og private part, eller mellom den private part og hans ansatte. Denne forståelsen av hva som skal kontraktsfestes ser vi også i General Survey 2008.⁶³

Hvilke nasjonale kilder er bestemmende for klausulenes innhold?

Hvilke kilder en skal se hen til for å fastlegge beskyttelsesnivået, fremgår av art. 2 (1), litra a til c:

“(a) by collective agreement or other recognised machinery of negotiation between organisations of employers and workers representative respectively of substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned; or
(b) by arbitration award; or
(c) by national laws or regulations.”.

Ordlyden i oppregningen kan isolert sett gi inntrykk av at offentlige myndigheter har valgfrihet mellom alternativene tariffavtaler, voldgiftskjennelser eller lovgivning. Når alternativene holdes opp mot art. 2 (1)s ”not less favourable”, går det derimot frem at det er det mest fordelaktige alternativet for arbeidstagerne som er bestemmende. Den mest praktiske situasjonen er at den lokale tariffavtalen gir bedre rettigheter enn lovgivning, og i slike tilfelle skal tariffavtalens bedre rettigheter komme til anvendelse, ikke nasjonal lovgivning.⁶⁴ Alternativ a kvalifiserer hvilke tariffavtaler som kan komme i betraktning ved å referere til tariffavtaler som dekker ”substantial proportions”. Dette gir assosiasjoner til tariffavtaler som på grunn av sin dekningsgrad kan gjøres gjeldende generelt etter

⁶² Slik også SOU 2006: 28, s. 343.

⁶³ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 36.

⁶⁴ Maier 2000, s. 369.

fellesskapsretten.⁶⁵ I et nylig utarbeidet notat av arbeidsbyrået presiseres det imidlertid at konvensjonen ikke er begrenset til tariffavtalte vilkår som uansett gjelder generelt.⁶⁶

Ved utformingen av konvensjonen var et sentralt tema hvilke nasjonale rettsgrunnlag som klausulene skal gjøre bestemmende. Et forslag Arbeidsbyrået fikk tilbakemeldinger fra medlemsstatene om, var om konvensjonen burde sikre ”conditions of work not less favourable than the most favourable conditions fixed by collective agreements”.⁶⁷ Tilbakemeldingene fra medlemsstatene ga uttrykk for at dette gikk for langt, og det samlede inntrykk fra spørreskjemaet var at statene foretrakk at det bestemmende burde være det etablerte eller ”prevailing” nivå slik dette er fastlagt i tariffavtaler:

”It is apparent that a large number of Governments would prefer that the international regulations should refer to prevailing conditions of work rather than to most favourable conditions.” Og at: “labour standards in public contracts should be based on the conditions prescribed by collective agreements or arbitration awards.”⁶⁸

At lov og forskrift ble ansett som sekundære kilder hadde også støtte i statenes tilbakemeldinger som ga:

“what may be termed secondary emphasis to conditions prescribed by legislation. This sequence is understandable in view of the *expressed object of the proposed international regulations*. Collective agreements and similar arrangements arrived at by negotiation generally establish more favourable conditions of work than those prescribed by legislation.”⁶⁹

Ekspertkomiteen siktet klart nok til forhandlingsmekanismene foreskrevet i konvensjon nr. 87 og 98, sistnevnte vedtatt fem dager etter konvensjon nr. 94.⁷⁰ En følge av at lovgivning er en sekundær kilde, er at henvisninger i kontrakten om at arbeidsrettslig lovgivning finner

⁶⁵ Jeg sikter spesielt til utstasjoneringdirektivet art. 3(8). Direktivet blir behandlet i del III.

⁶⁶ Arbeidsbyråets notat av 9. oktober 2008.

⁶⁷ ILC; 31st Session, 1948, Fair wages in public contracts, Report VI (b)(1), s. 17.

⁶⁸ *Ibid.*, s. 47

⁶⁹ *Ibid.*, s. 47, min kursivering.

⁷⁰ <http://www.ilo.org/ilolex> (besøkt 22. november 2008)

anvendelse også ved utføring av offentlige kontrakter, ikke er tilstrekkelig etter Ekspertkomiteens syn. Dette fremgår av General Survey 2008:

”clauses within public contracts that restate the applicability and binding nature of national laws ... are not sufficient to meet the requirements of the Convention. ... Indeed there would be very little meaning in adopting a Convention that would simply affirm that work for public contracts must comply with relevant labour legislation.” (side 15).

Dermed er det primært tariffavtalte vilkår arbeidsklausulene skal sikre arbeidstakere under offentlige kontrakter. Dette må imidlertid ikke tas til inntekt for at enhver henvisning til lovgivning er uforenlig med konvensjonen. En rekke europeiske konvensjonsstater, derunder Danmark, Kypros, Italia og Spania, anvender klausuler som simpelthen gjentar art. 2, og dette har Ekspertkomiteen ingenting å utsette på.⁷¹ Et poeng ved en slik gjennomføring er imidlertid at offentlige myndigheter gjør det klart at det er det mest fordelaktige av alternativene som kommer til anvendelse.

Nærmere om beskyttelsesnivået konvensjonen foreskriver

Henvisningen til tariffavtaler gir uttrykk for tanken om at alle arbeidstakere sysselsatt under offentlige kontrakter skal nyte godt av et beskyttelsesnivå tilsvarende det arbeidstakere tilknyttet fagforeninger mottar. I motsetning til de fleste andre ILO-normeringer krever konvensjonen dermed at det gjeldende lokale nivå utstrekkes, ikke bare nasjonale minstevilkår. Som Arbeidsbyrået formulerte det i et notat til et seminar om utstasjonering høsten 2008:

”Convention No. 94 requires bidders to be informed in advance, by means of standard labour clauses included in the tender documents, that, if their bid is successful, they will have to observe, in the performance of the contract, wages and other labour conditions that are not less favourable than the highest minimum standards established locally by collective bargaining, arbitration or law.”⁷²

Årets rapport legger til grunn også andre formuleringer som ikke lett lar seg innpasse med ordlyden, blant annet at de mest fordelaktige arbeidsvilkår skal legges til grunn, og at dette

⁷¹ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s 36.

⁷² Arbeidsbyråets notat av 9. oktober 2008, s. 1.

forplikter virksomheter som oppfyller offentlige kontrakter til å anvende blant annet de mest fordelaktige lønnsbetingelser. Uttalelsen bygger etter min mening på en utvidende tolkning av ordlyden og ligger nær opp til den løsning som medlemsstatene avviste ved utformingen. Slike uttalelser er gode eksempler på nettopp skillet mellom autorative tolkninger, fortrinnsvis av domstoler, og rådgivende uttalelser. Det som lenge har vært klart, er at tariffavtaler gir bedre lønn og andre vilkår enn lov, og at det tariffavtalte nivå skal gjøres gjeldende. Dette la Ekspertkomiteen til grunn i en uttalelse allerede i 1956:

”the essential purpose of the Convention is to ensure that workers employed under public contracts shall enjoy the same conditions as workers whose conditions of employment are fixed not only by national legislation but also by collective agreements.”

Grunnen var at lovgivning “provide merely for minimum standards which may be exceeded by collective agreements”.⁷³ Forståelsen har god støtte i ordlyden, og er presisert nærmere i en uttalelse fra 2002:

”where collective agreements grant *additional benefits* or provide for *higher standards* than those established under labour laws in general, or where collective agreements are not generally binding, a mere reference to the relevant provisions of the national legislation would be insufficient for the purpose of giving effect to the Convention” (mine uthevninger).⁷⁴

Konklusjonen har støtte i formålbetraktninger. Kontraktsfesting av at lovgivningens minimum også gjelder ved oppfyllelse av tjenestekontrakter for det offentlige, vil gi liten mening annet enn i en internasjonal privatrettslig dimensjon. Internasjonalt privatrettslige aspekter er i det hele tatt fraværende i konvensjonens ordlyd og forarbeider.

Referansen til allmenngyldige tariffavtaler innebærer at det er i overensstemmelse med art. 2 at arbeidsklausuler viser til slike instrumenter. I prinsippet bør det likevel bemerkes at det er en ikke uvesentlig forskjell på tariffavtaler som ved statlig intervensjon fastlegger et nedre minimum, og alminnelige tariffavtaler som binder tilsluttede parter og som er blitt til etter (lokale) forhandlinger. Om en tar utgangspunkt i den norske allmenngjøringsloven, er

⁷³ RCE 1956 s. 79, i *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 16-17.

⁷⁴ *L.c.*

det liten tvil om at allmenngjøringsvedtak jevnt over angir et lavere lønnsnivå enn det reelle nivået organiserte arbeidstakere mottar for tilsvarende arbeid. I byggebransjen utregnes for eksempel lønn for organiserte bedrifter gjerne ved akkordordninger, ikke etter tariffavtalens minste timelønn. Like fullt står vi overfor de høyeste minimumsstandarder etter kollektive forhandlinger. Hvorvidt allmenngjorte tariffavtaler gir uttrykk for lønninger som er dårligere enn det alminnelige for tilsvarende arbeid i samme område, avhenger dermed av de enkelte ordninger og vedtak, og Ekspertkomiteen har ikke gått inn i slike diskusjoner. I Norge er de allmenngjorte lønnssetninger høyere i allmenngjøringsforskriften for byggeplasser i Oslo, hva vi ser i allmenngjøringsforskriften for byggeplasser i Norge, og det illustrer problemstillingen.⁷⁵ Der det bare finnes landsomfattende allmenngyldige tariffavtaler er det riktignok å basere seg på alminnelige lokale tariffavtaler som løper ved siden av allmenngjorte tariffavtaler, enn de allmenngyldige minstenivåer. I EF-domstolens avgjørelse i *Rüffert* var tilfellet at Niedersachsens anskaffelseslov kontraktstestet lønnsnivået i en lokal ikke-allmenngyldiggjort tariffavtale som ga høyere lønn enn nivået i en allmenngyldiggjort tariffavtale. Jeg ser nærmere på *Rüffert-saken* i del III.

Som en avsluttende bemerkning bør det skilles mellom hvilke nivåer statene *plikter* å legge til grunn, og hva Ekspertkomiteen tilrår. Etter ordlyden i konvensjon er det en akseptabel gjennomføring å vise til allmenngyldige tariffavtaler. Dersom konvensjonen skal nå sitt formål, bør disse imidlertid angi det lokale nivå, og ikke det minste tillatte nivå nasjonalt. En god oppsummering av konvensjonens forpliktelser ga Ekspertkomiteens talsperson i en debatt under arbeidskonferansen i 2008. Som et sluttinnlegg la hun til grunn at konvensjonens formål er å sikre at alle konkurrenter ved offentlige anbud hadde det samme utgangspunktet: "namely all bidders had to respect as a minimum certain locally established standards."⁷⁶

⁷⁵ Jfr. forskrift 6. oktober 2008 nr. 1122 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen og forskrift 6. oktober 2008 nr. 1121 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.

⁷⁶ ILC 97th Session, 2008, Records of Proceeding, Provisional Records, No. 19, Part One, Report of the Committee on the Application of Standards s. 19.

Hva hvis tariffavtale mangler

Konvensjonen tar høyde for at det ikke alltid finnes tariffavtaler, voldgift eller lovreguleringer på stedet der arbeidet skjer. I slike tilfeller gir art. 2(2) anvisning på to ulike mekanismer for å finne det bestemmende lønnsnivå i klausulene.

Da skal lønns- og arbeidsvilkår finnes i tariffavtaler, voldgiftsavgjørelser, lov eller forskrift for den aktuelle type arbeid enten,

”a) in the nearest appropriate district; or the general level observed in the trade or industry” eller

b), det faktiske nivå “observed in the trade or industry in which the contractor is engaged by employers whose general circumstances are similar.”

Verken ordlyd eller forarbeider sier noe om forholdet mellom alternativ a og b. Som vist ovenfor synes forarbeidene å foretrekke tariffvilkår fremfor lov og voldgift da tariffvilkår som regel gir best vilkår av de tre. Gjennomgående fremmer ILOs rettsakter tariffavtale etter forhandlinger som den beste form for lønnsdannelse, og dette bør dermed være avgjørende.

2.6 Oppfølging og andre forpliktelser etter konvensjonen

Artiklene 3, 4 og 5 stiller visse supplerende krav til ratifiserende stater, men overlater dem en større skjønnsmargin enn hva vi ser i art. 2.

Art. 3 forutsetter at arbeidsklausulen sikrer ”fair and reasonable conditions of health, safety and welfare for the workers concerned”. Bestemmelsen aktualiseres i motsetning til art. 2 bare dersom hvis bestemmelser ikke finnes i lov, voldgiftskjennelser eller tariffavtaler.⁷⁷ På dette punkt er det tilstrekkelig at nasjonale reguleringer finner anvendelse også under offentlige kontrakter. Av General Survey 2008 går det frem at de fleste stater i dag har lovgivning som trer i stedet for konvensjonens krav,⁷⁸ og en naturlig slutning er at

⁷⁷ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 46.

⁷⁸ L.c.

bestemmelsen har utspilt sin rolle for EU/EØS-land ettersom området er gjenstand for omfattende minimumsharmonisering.⁷⁹

Artikkel 4(a) skal sikre overholdelse og oppfølging av konvensjonen ved obligatoriske oppslag om arbeidstagernes rettigheter, og angivelser av hvem som er ansvarlig for overholdelse av regelverket. Formålet med art. 4 er for det første å gjøre virksomhetene oppmerksomme på at kontrakten stilles visse krav til lønns- og arbeidsvilkår, og for det andre at ansatte skal opplyses om deres rettigheter.⁸⁰ Bokstav b om inspeksjoner og dokumentasjonskrav kommer i motsetning til bokstav a, bare til anvendelse dersom tilsvarende regulering ikke allerede finnes. Etter art. 5 (1) skal staten fastsette passende sanksjoner for å sikre overholdelse av konvensjonen. Ordlyden i art. 5 foreslår tilbakeholdelse av vederlag samt utelukkelse av fremtidige anbudskonkurranser. Ordlyden klargjør imidlertid at dette er eksempler, valget av passende sanksjoner er overlatt den enkelte stat.

2.7 Sammenfatning

ILO-konvensjon nr. 94 er et uvant rettslig instrument med formål om å unngå svekkelse av lønns- og arbeidsvilkår som følge av anbudskonkurranser. Konvensjonen gir ikke anvisning på minimumsstandarder slik som ILO-normeringer vanligvis gjør, men tilstreber likebehandling mellom lokalt etablert arbeidskraft og andre arbeidstakere som oppfyller anskaffelseskontrakter. Konvensjonens virkemiddel for å oppnå likebehandling er kontraktsfesting av arbeidsstedets alminnelige arbeidsvilkår, derunder lønn (inkludert tillegg) slik disse fremgår av representative tariffavtaler. Henvisninger til hva som følger av lov er ikke tilstrekkelig dersom bedre rettigheter følger av relevant fremforhandlet tariffavtale på arbeidsstedet. Konvensjonen bør av denne grunn sees i sammenheng med konvensjonene nr. 87 og 98. På tross av at de kontraktene konvensjonen dekker gjerne

⁷⁹ Rådsdirektiv 89/391/EEC av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen med senere endringer samt en rekke spesialdirektiver oppstiller minimum som overstiger konvensjonens krav på dette punkt.

⁸⁰ Nielsen 1995, s. 97.

oppfylles av mobile arbeidstakere, er konvensjonen ikke primært tiltenkt grensekryssende situasjoner. I dag er det imidlertid lovvalgsdimensjonen som gir konvensjonen aktualitet. På tross av at konvensjonen kanskje har vært et sovende instrument, er den i dag oppdatert og stiller nokså vidtrekkende krav til anvendelig arbeidsrett ved oppfyllelse av offentlige kontrakter. En åpenbar svakhet ved konvensjonen er at den bare gjør arbeidsklausuler obligatorisk i kontrakter der sentralmyndigheter er part. Dette gjør at dens formål vanskelig kan nås med mindre ratifiserende stater utvider dens anvendelsesområde til andre offentlige myndigheter. Det er ikke tvilsomt at konvensjonen på flere områder er uklar, og kunne behøvd mer autorative tolkninger enn hva vi finner i General Survey 2008. Like fullt er hovedregelen og grunnprinsippet i konvensjonen klart, arbeidsklausuler skal inntas i omfattede offentlige kontrakter og disse skal sikre at også arbeidstakere som ikke er omfattet av tariffavtale sikres tariffavtalte lønns og arbeidsvilkår.

3 Norge og ILO-konvensjon nr. 94

3.1 Innledning og problemstilling

Oversikten over ratifikasjoner av ILO-konvensjon nr. 94 viser at Norges tilslutning i 1996 skiller seg ut både i europeisk og global målestokk.⁸¹ Mens de øvrige EU/EØS-stater sluttet seg til konvensjonen i perioden 1950 til 1955,⁸² fant norske myndigheter først grunn til å ta arbeidsklausuler i bruk 47 år etter konvensjonens tilblivelse. Da var området konvensjonen dekker vel regulert både på nasjonalt og på EØS-nivå. Det er liten tvil om at kontraktsfesting av anvendelige lønns- og arbeidsvilkår er en fremmed fugl i norsk arbeidsrett.

Et spørsmål som reiser seg er dermed hvilke hensyn som ligger bak den norske tilnærmingen til konvensjonen fra dens tilblivelse til norsk ratifikasjon i 1996, og den

⁸¹ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> (senest besøkt 12. januar 2009).

⁸² Kypros ratifiserte riktignok ved selvstendighet i 1960, og Spania i 1971.

senere gjennomføringen av konvensjonen også for også for kommuner og andre offentlige organer i 2008.

3.2 ILO-konvensjon nr. 94 i eldre forarbeider (1950-1988)

Stortingsproposisjon nr. 63 (1950) om vedtak på den Internasjonale Arbeidskonferansen i Genève 1949 inneholder de første norske redegjørelser om ILO-konvensjon nr. 94. Proposisjonen gjør det klart at arbeidsklausuler som reguleringsmåte for anvendelig arbeidsrett er fremmed i den norske rettstradisjon. Sosialdepartementet la til grunn at arbeidsklausuler har ”liten praktisk interesse i land hvor fagorganisasjonen er godt utbygd, slik som i de skandinaviske land”, og at ”Konvensjonen er meget omfattende, idet den gjelder ikke bare bygg og anlegg, men også framstilling og levering av varer, og endog tjenester.”.⁸³ Den norske ILO-komiteen konkluderte med at ”Norge for så vidt fyller konvensjonens reelle krav”, men at ratifisering ”ville skaffe et omfattende administrativt arbeid som neppe ville innebære noen fordeler utover det arbeiderne har på forhånd”. Komiteen foreslo at ratifikasjonsspørsmålet ble utsatt. Departementet var enig, men ville ”eventuelt ved et senere høve ta saka opp til nærmere drøfting med vedkommende myndigheter og tekniske etater.”.⁸⁴

I forbindelse med Norges ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 144 om trepartsrådslaging med sikte på å fremme gjennomføring av internasjonale standarder for arbeidslivet i 1977,⁸⁵ ble det på oppdrag fra Sosialdepartementet utarbeidet en utredning om ILO-konvensjoner Norge ikke hadde ratifisert. Formålet med NOU 1983: 38 var å utrede hvilke krav eventuell ratifikasjon av de ulike konvensjonene, derunder konvensjon nr. 94, ville stille til ”norsk lovgivning og praksis på visse områder av sosialpolitikken og arbeidslivet.”.⁸⁶ Nok en gang fant et utvalg ”å ikke tilrå at Norge skulle gjennomføre de

⁸³ St.prp. nr.63 (1950), s. 3.

⁸⁴ *Ibid.*, s. 3 og 4.

⁸⁵ Convention concerning Tripartite Consultations to Promote the Implementation of International Labour Standards, No. 144.

⁸⁶ NOU 1983: 38, s. 9.

detaljerte og kostbare administrative tiltakene som en ratifikasjon ville medføre.”⁸⁷

Regjeringens svar til Arbeidsbyrået, som hadde reist spørsmålet om norsk ratifikasjon, var derfor en repetisjon av synspunktene fra 1950.

Neste gjensyn med konvensjon nr. 94 er Stortingsproposisjon nr. 46 (1987-1988) som ved spørsmålet om ratifisering av konvensjon nr. 149 om Sysselsettings-, arbeids- og levekår for sykepleiepersonell også gjennomgår andre ILO-konvensjoner, derunder konvensjon nr. 94.⁸⁸ Igjen fant man at det administrative merarbeid neppe ville gi arbeidstakerne fordeler i forhold til lovgivning og avtaler, og Kommunal- og arbeidsdepartementet tilrådte at konvensjonen ikke ble ratifisert.⁸⁹ Frem til 1990-tallets EF-debatt var dermed den norske linje at konvensjonen ikke var relevant og nødvendig for norske forhold, og at ratifikasjon først og fremst ville by på administrativt merarbeid som ikke stod i forhold til de fordeler som ville oppnås ved ratifisering. Verken partene i arbeidslivet eller lovgiver så seg derfor tjent med særlige internasjonale rettslige forpliktelser for arbeidere som jobbet under offentlige kontrakter.

3.3 Allmenngjøringslov og ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 (1990-1996)

Fra midten av 1980-tallet ble det fra politisk hold gjort forberedelser til tilpasning av norsk lovgivning til EF-retten. Realiseringen av det indre marked gjennom EFs Enhetsakt samt EFTAs minskede betydning etter at Storbritannia gikk inn i EF i 1972, gjorde at det politisk var ønsket om nærmere tilknytning til EF.⁹⁰ Etter at formelle EØS-forhandlinger ble innledet i 1990, var det klart at Norge ville bli berørt av EF-retten, enten gjennom EØS-avtalen eller ved medlemskap i det som den gang het Det europeiske fellesskap. Forberedelsene skjedde ikke bare i departementer og på Stortinget. Landsorganisasjonens juridiske avdeling utarbeidet i samme tidsrom et omfattende arbeidsnotat om EØS og norsk

⁸⁷ NOU 1983: 38, s. 61.

⁸⁸ St.prp. nr. 46 (1987-88).

⁸⁹ *Ibid.*, s. 23.

⁹⁰ Sejersted i Sejersted m.fl., 2004, s. 32 flg.

arbeidsrett datert 2. juni 1992⁹¹, straks etter signering av EØS-avtalen.⁹² Utredningens kapittel 5 om sosial dumping viser en aktiv tilnærming til EF-rettens regler om fri bevegelse samt konkrete forslag til tiltak for hvordan fagbevegelsen kunne sikre seg mot sosial dumping som følge av EØS.

Problemstillinger knyttet til lavlønnskonkurranse og sosial dumping knyttet seg den gang særlig til Portugals inntreden i EF, og de to grunnleggende avgjørelsene om utstasjonering i *Seco*⁹³ og *Rush Portuguesa*⁹⁴ gjaldt begge utstasjonerte portugisiske arbeidstakere. Avgjørelsene åpnet for at medlemsstatene i utstrakt grad kunne anvende nasjonale arbeidsrettslige regler overfor arbeidere som følger med sin arbeidsgiver for å utføre oppdrag for så å vende tilbake. EF-domstolen la i *Rush*, som fortsatt gir uttrykk for et utgangspunkt ved utstasjonering, til grunn at fellesskapsretten ikke var til hinder for å utstrekke nasjonal lovgivning eller tariffavtaler som gjelder alle på arbeid innenfor arbeidslandets grenser, uavhengig av hvor arbeidsgiver er etablert.⁹⁵ LO-utredningen tok utgangspunkt i rettstilstanden etter *Rush*, og utarbeidet på bakgrunn av dommen en skisse over et norsk helhetlig regelverk mot sosial dumping, der det som i dag er allmenngjøringsloven var det primære instrument. I denne sammenheng anså LO ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 som et nyttig supplement. Utredningen foreslo en ordning for å gjøre tariffavtaler generelt gjeldende ved lov etter tysk modell, men med det særtrekk at organisasjonene har rett til å kreve at de tariffbestemte vilkår skal gjelde.⁹⁶ Som en del av forslaget til regelverk la LO til grunn at det var på tide å løfte spørsmålet om ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 tilbake på den politiske arena.

”Det er nå grunn til å ta ratifikasjonsspørsmålet opp til ny behandling i lys av EØS-avtalen. Norge vil stå i en annen stilling, der tjenesteytere og arbeidstakere kan

⁹¹ Holo og Moen Borgerud 1992.

⁹² EØS-avtalen ble signert 2. mai 1992.

⁹³ Forente saker 62 og 63/81 *Det franske selskap Seco og det franske selskap Desquenne & Giral mot Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, [1982] EFD 00223.

⁹⁴ Sak C-113/89, *Rush Portuguesa Lda mot Office national d'immigration*, [1990] EFD I-01417, avsnitt 18.

⁹⁵ Jeg kommer tilbake til avgjørelsene i del III.

⁹⁶ Holo og Borgerud Moen 1992, s. 66

bevege seg over landegrensene og ta oppdrag eller arbeid i andre EØS-land. I en slik situasjon kan det ikke lenger sies at någjeldende lovgivning og tariffavtaler gir tilstrekkelig regulering til beskyttelse av arbeidstakernes og samfunnets interesser.”⁹⁷

Knappe tre måneder etter la Brundtland-regjeringen frem et utkast til det som skulle bli allmenngjøringsloven. Målsetningen med loven var:

”å sikre at utenlandske arbeidstakere som arbeider i Norge, får lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har.”⁹⁸

Virkemiddelet for å oppnå dette var å gjøre tariffavtalers individuelle bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår gjeldende som ufravikelige minstevilkår.⁹⁹ I den forbindelse ble også spørsmålet om ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 igjen bragt på dagsorden. Parallelt med de norske forberedelsene til EF/EØS arbeidet Kommisjonen på europeisk plan med et utkast til sekundærlovgivning om midlertidig utenlandsk arbeidskraft under tjenestereguleringene. Et første utkast til direktiv om utstasjonering ble fremlagt i 1991,¹⁰⁰ men ble ikke vedtatt. Ettersom de typiske vertsstatene var i flertall på denne tiden og de ikke ønsket en innskrenkning av mulighetene for å anvende egne arbeidsrettslige reguleringer etter *Rush*, var det ikke mulig å oppnå det tilstrekkelige flertall for et direktiv som begrenset vertsstatenes spillerom. De EF-rettslige begrensninger for allmenngjøringsloven og ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 ble derfor i Ot.prp.nr.26 (1992-93) basert på rettstilstanden etter *Rush*. I proposisjonen ble det lagt til grunn at:

”EØS-avtalens regler er ikke til hinder for at det fastsettes norske regler om lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for alle som utfører arbeid i Norge. Det er EF-retten som legges til grunn. Det er uttrykkelig fastslått gjennom EF-domstolens praksis, sist gjennom dommen i *Rush-Portuguesa* saken som ble avsagt i mars 1990, at de enkelte medlemslandene har anledning til å utvide sin egen lovgivning om arbeidsvilkår, samt kollektive avtaler om lønns- og arbeidsvilkår, til å omfatte all form for lønnet arbeid som foregår innen deres eget land.”(side 5-6).

⁹⁷ Holo og Borgerud Moen, s. 69-70.

⁹⁸ Ot.prp.26 (1992-1993) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. s. 1.

⁹⁹ Ot.prp.26 (1992-1993) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v., s. 2 og allmenngjøringsloven § 3, fjerde ledd.

¹⁰⁰ COM(91) 230 final.

EØS-rettslige vurderinger knyttet *direkte* til ILO-konvensjon nr. 94 ser vi ikke i Ot.prp. nr. 26. Med henvisning til tidligere forarbeider om ratifikasjonsspørsmålet la Kommunaldepartementet til grunn at ”det den gang [ble] konkludert med at konvensjonen ikke skulle ratifiseres”.¹⁰¹ På bakgrunn av LOs ønske om tilslutning ba likevel Kommunaldepartementet om Næringsdepartementets syn på saken, og svaret derfra ble denne gangen at de ikke hadde ”vesentlige innvendinger mot at ILO-konvensjon nr 94 ratifiseres av Norge.”.¹⁰² Innvendingene mot de administrative byrder ved ratifikasjon ble vurdert annerledes, og det ble besluttet at det skulle legges frem forslag om ratifisering på et senere tidspunkt.¹⁰³

LO spilte dermed en vesentlig rolle, ikke bare ved allmenngjøringslovens utforming, men også i spørsmålet om norsk ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94. De EØS-rettslige vurderinger av konvensjonen som departementet unnlot, ble imidlertid gjenstand for oppmerksomhet i juridisk praksis. I 1994, på samme tid som ratifikasjonsprosessen verserte, utarbeidet professor Henning Jakhelln en betenkning om tarifflike lønns- og arbeidsvilkår ved anbudskonkurranser.¹⁰⁴ Bakgrunnen var et forslag fra Odda kommune om at virksomheter som gir anbud for bygge- og anleggsoppdrag til kommunen skulle ha lønns- og arbeidsvilkår tilsvarende tariffavtale. Jakhelln fant at krav om tilslutning til norsk tariffavtale ville rammes av EØS-reglene, mens krav om lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarende gjeldende tariffavtale gikk klar av EØS reglene.

Et poeng i betenkningen var nettopp at ILO-konvensjon nr. 94 krever slike vilkår, og at dette talte for at det internasjonalt ”ikke bare vil være adgang til, men endog er angitt som et krav”, å anvende tarifflike vilkår ved anskaffelser.¹⁰⁵ Jakhellns uttalte som konklusjon at:

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 26 (1992-1993), s. 31.

¹⁰² *L.c.*

¹⁰³ *L.c.*

¹⁰⁴ Inntatt i Jakhelln 2000, s. 377.

¹⁰⁵ *Ibid.*, s. 390.

”Et vilkår om at anbydere skal anvende lønns- og arbeidsvilkår overfor deres arbeidstakere som tilsvarende tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår kan derfor ikke sees å ville være i strid med EØS-avtalens regler, så lenge dette vilkår gjøres gjeldende for alle anbydere, uavhengig av anbydernes nasjonale tilhørighet innen EØS-området.”¹⁰⁶

Konklusjonen er basert på det diskrimineringsforbud som den gang ble antatt å gjelde i EF-retten.

Forslaget fra 1992 ble fulgt opp i St.prp. nr.62 (1994-95). Der går det frem at NHO var uenige med LO i spørsmålet om norsk ratifikasjon. Også Forsvarsdepartementet og Statsbygg var skeptiske og mente konvensjonen først og fremst ville by på merarbeid. Til forskjell fra tidligere mente derimot Kommunal og arbeidsdepartementet ”at det ikke er nødvendig å etablere eit omfattende apparat for kontroll og tilsyn”, og foreslo at Stortinget ratifiserte.¹⁰⁷ I Kommunalkomiteen var det uenighet, men flertallet tilrådet ratifikasjon. At det var politisk uenighet om konvensjonen burde ratifiseres kom frem også under Stortingsdebatten 7. november 1995.¹⁰⁸ Flertallet mente forholdene i arbeidslivet etter EØS innebar at de tidligere motforestillinger mot ratifikasjon ikke var like tungtveiende som tidligere, og stemte for norsk ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94, og for tiltredelse av rekommandasjon nr. 84. Høyres representant Lund mente derimot at det var ”ufattelig at Kristelig Folkeparti og andre støtter dette foreldede sosialistiske tankegods.”, og la til grunn at ”det bare [er] det tidligere omtalte ’bestillingsbrev’ fra LO som tilsier at samtykke til ratifikasjon gis.”¹⁰⁹

Dermed ble det besluttet at det i offentlige kontrakter der sentralmyndigheter var oppdragsgivere skulle inntas arbeidsklausuler etter konvensjonen, og ratifikasjonen ble registrert av ILO 12. februar 1996.¹¹⁰ Ettersom konvensjonen ikke er selv-effektuerende

¹⁰⁶ Jakhelln 2000, s. 392.

¹⁰⁷ St.prp.nr.62 (1994-1995), s. 3 flg.

¹⁰⁸ 140. Stortings forhandlinger 1995-96, 7. del, s. 697.

¹⁰⁹ *Ibid*, s. 698.

¹¹⁰ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htmv> (besøkt 13. august 2008).

eller ”self-executing”¹¹¹ var inkorporering eller transformasjon i lovs form unødvendig, så lenge arbeidsklausuler ble inntatt i aktuelle kontrakter. Slike pålegg kan sentrale myndigheter pålegges i kraft av regjeringens instruksjonsmyndighet.

Av NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser, går det frem at en av utvalgets oppgaver var å fremme forslag til implementering av konvensjon nr. 94 dersom den ble ratifisert.¹¹² Gjennomføringen av konvensjonen ble dermed sett i sammenheng med reformen av anskaffelsesreglene. Utvalget mente, ”Sett på bakgrunn av utvalgets mandat om å forenkle regelverket”, at konvensjonens burde gjennomføres i rundskrivs form overfor de sentrale myndigheter som er omfattet av den.¹¹³ Rundskrivet lot vente på seg, og først 16. juni 2005 sendte Moderniseringsdepartementet ut Rundskriv nr. 2/2005 ”Lønns- og arbeidsvilkår for arbeidrarar som utførar tenestekontraktar og byggje- og anleggskontraktar for staten”.

Rundskrivet gjør kort rede for dets bakgrunn og inneholder et forslag til kontraktsklausul som ligger nært opp til konvensjonens ordlyd:

”Leverandøren skal syte for at tilsette i eigen organisasjon og tilsette hos eventuelle underleverandører ikkje har dårlegere løns- og arbeidsforhold enn det som følgjer av tariffavtaler, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende stad og yrke. Dette gjeld berre for tilsette som direkte medverkar til å oppfylle kontrakten. Leiaren av verksemda er ansvarleg for at denne regelen vert etterlevd. Alle avtaler leverandøren inngår som inneber utføring av arbeid under denne kontrakten skal innehalde tilsvarande føresegner.”

Hvorvidt og i hvilket omfang konvensjonen allerede ble anvendt av sentralmyndigheter fra ratifikasjonen til rundskrivet ble utstedt vites ikke. ILOs Ekspertkomité etterspurte opplysninger om gjennomføring av konvensjonen ved såkalte Individual Direct Requests i 1999, 2004 og 2005. Av disse går det klart frem at relevant informasjon om norsk

¹¹¹ Nielsen og Rehof 1998, s. 267, Arnesen og Stenvik 2008, s. 63 omtaler begrepet som ”umiddelbar anvendelighet” på norsk.

¹¹² NOU 1997:21, kap. 1.1.

¹¹³ NOU 1997: 21, kap. 10.5.3.

gjennomføring av konvensjonen ikke hadde blitt oversendt ILO slik konvensjons art. 6 og ILO-Statuttene art. 22 forutsetter. Forespørsel ble for øvrig også sendt i 2008.¹¹⁴

Oppsummeringsvis viser forarbeidene at formålet med ratifikasjonen av ILO-konvensjon nr. 94, som ved allmenngjøringsloven, var å forberede arbeidsmarkedet på EØS-retten og økt bevegelighet av arbeidstakere og virksomheter. Initiativet til ratifisering kom fra LO, og prosessen bærer preg av at konvensjonen ble ansett mer som en internasjonal forankring for de prinsippene allmenngjøringsloven bygger på enn et rettslig instrument som står på egne ben. Verken forarbeidene eller høringsnotater peker på at forpliktelsene etter ILO-konvensjonen i prinsippet skiller seg fra allmenngjøringsinstituttet ved at allmenngjøring fastsetter et nedre minimum, mens konvensjonens tilnærming er likebehandling.

En grunn til dette kan være at også allmenngjøringslovens formålsbestemmelse oppstiller et lignende likebehandlingsprinsipp i § 1, og at konvensjonen i alle fall delvis ble sett som et virkemiddel for å avhjelpe ulemper ved allmenngjøringsloven.¹¹⁵ Nærmere drøftelser av konvensjonens EØS-rettslige aspekter kunne bidratt til å løfte konvensjonen frem i lyset og avklare instrumentets muligheter og begrensninger i forhold til allmenngjøringsloven i bedre grad.

4 Handlingsplan mot sosial dumping og tarifflik lønn ved kommunale anskaffelser

4.1 Innledning og problemstilling

Et uttalt politisk mål i plattform for det nåværende regjeringssamarbeidet er at arbeidstakere fra de nye EU-stater ”må bys de samme lønns- og arbeidsvilkår som norske

¹¹⁴ <http://www.ilo.org/ilolex/english/newcountryframeE.htm> (besøkt 30.11.08).

¹¹⁵ Jfr. NOU 1997: 21, kap. 10.5.2.

arbeidere.”¹¹⁶ For å unngå ”undergraving av norske lønns- og arbeidsvilkår som en følge av at bedrifter tar med egne ansatte til arbeidsoppdrag i Norge”, varslet regjeringsspartene i Soria Moria-erklæringen at den ville stille krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i alle offentlige anbudprosesser. Dette ble konkretisert nærmere i St.meld. nr. 2 (2005-2006) om handlingsplan mot sosial dumping, der gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 også for kommuner var et av regjeringens virkemidler.¹¹⁷

I forbindelse med nasjonalbudsjettet for 2009 lanserte regjeringen Handlingsplan 2 mot sosial dumping,¹¹⁸ der blant annet solidaransvar etter allmenngjøringsloven drøftes.¹¹⁹

I dag skal arbeidsklausuler også inntas i tjenestekontrakter der kommuner er oppdragsgivere etter anskaffelsesloven § 11a med tilhørende forskrift. Et sentralt spørsmål er dermed hvordan den norske gjennomføringen forholder seg til konvensjonen den gjennomfører.

4.2 Gjennomføring av konvensjonen i anskaffelsesloven § 11 a

Gjennomføringen av ILO-konvensjon nr. 94 i norsk lov fant sted ved vedtakelse av § 11a i lov om offentlige anskaffelser 21. desember 2007. Bestemmelsen lyder:

”Kongen kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som inngås etter denne lov, som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.”

Til forskjell fra rundskrivet og konvensjonsteksten er det nå tale om gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt. Bestemmelsen er en hjemmelsfullmakt, og de nærmere regler finnes i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i

¹¹⁶ Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005-2009, (Soria Moria erklæringen).

¹¹⁷ St.meld. nr. 2 (2005-2006) s. 64.

¹¹⁸ St.prp. nr. 1 (2008-2009) s. 116 flg.

¹¹⁹ Høring om effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar, Aid, 5. desember 2008.

offentlige kontrakter, med ikrafttredelse 1. mars 2008.¹²⁰ Forskriftens sentrale bestemmelser er §§ 3 og 5 som gjentar hjemmelsbestemmelsens krav med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår. Paragrafene 6 og 7 stiller krav om kontroll og informasjon, og disse går jeg ikke inn på. Etter § 4 omfattes kontrakter som overstiger de EØS-rettslige terskelnivåer.¹²¹

Etter gjennomføringen i lov og forskrift har dermed de norske konvensjonsbaserte reglene utnyttet konvensjonens art. 1(2) ved at alle oppdragsgivere i offentlig sektor, derunder kommuner, er pliktsubjekter.¹²² Gjennomføringen går ut over konvensjonens obligatoriske krav.

Forarbeidene til anskaffelsesloven § 11a viser at de fleste høringsinstansene som uttalte seg hadde en nokså avmålt interesse for innføringen av arbeidsklausuler.¹²³ Innvendingene fra aktuelle oppdragsgivere og pliktsubjekter gikk hovedsakelig i tre, til dels velkjente, retninger. Flere påpekte at innføringen av klausuler ville by på økt administrasjon uten en tilsvarende effekt ettersom det allerede gjelder allmenngjøringsforskrifter på de områder der problemet med sosial dumping er størst.¹²⁴ I tillegg ble det fra flere hold pekt på det problematiske ved at offentlige oppdragsgivere i egenskap av kontraktspart skal føre tilsyn med tjenestetilbyderen om tema som i utgangspunktet ligger utenfor kontraktens gjenstand. Dette ble av flere ansett som oppgaver primært for offentlige tilsynsorganer som Arbeidstilsynet. En siste hovedinnvending vi skal se nærmere på, er at ordlyden var vag og muntlig, og at det er problematisk for offentlige myndigheter å få viten om hva som er

¹²⁰ Forskrift av 8. februar 2008 nr. 117 om lønns- og arbeidsvilkår ved offentlige kontrakter.

¹²¹ 1,05 millioner for statlige myndigheter og 1,65 millioner for andre oppdragsgivere.

¹²² Hvilke organer som omfattes, fremgår av forskriften lest i lys av anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften § 1-2, annet ledd.

¹²³ Ot.prp. nr. 7 (2007-2008) s. 8 flg.

¹²⁴ *Ibid.*, s. 10.

normalt lønnsnivå. Justisdepartementet bemerket også at ordningen var problematisk i forhold til EØS-avtalen.¹²⁵

4.3 Anvendelige lønns- og arbeidsvilkår etter forskriften

Det avgjørende tolkningsspørsmål ved forskriften er hva som ligger i lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Ordlyden etterlater en rekke spørsmål uløste. Det går ikke frem hvilken tariffavtale oppdragsgiver skal basere seg på dersom flere er aktuelle, eller hvilke bestemmelser i en eventuell tariffavtale klausulen skal henvise til.

Ordlyden sier heller ingenting om situasjonen der landsomfattende tariffavtale gjelder ved siden av lokale tariffavtaler.

I forarbeidene går det frem at også Fornyings- og administrasjonsdepartementet mente den opprinnelige ordlyden, gjengs lønn, ”ikkje er presist”.¹²⁶ Adjektivet ble endret til synonymet ”normal”, men begrepet normal lønn er fortsatt uklart. Et praktisk viktig tilfelle blir imidlertid klargjort: Der allmenngjøringsvedtak finnes, er disse bestemmende:

”På område der det er fastsett allmenngjøringsforskrifter, vil det i praksis vere det lønnsnivået som følgjer av desse forskriftene, som blir avgjerande og i forhold til kva lønnsnivå som skal krevjast for tilsette hos leverandører som inngår kontraktar med offentlige oppdragsgivararar.”¹²⁷

Denne forståelsen fremgår også av etterfølgende presiseringer i form av et faktaark på Fornyings- og administrasjonsdepartementets nettsider.¹²⁸ Klargjøringen, som riktignok ikke fant veien til verken lovens eller forskriftens ordlyd, innebærer at forskriften har sin effekt utenfor byggebransjen. I byggebransjen gjelder allmenngjøringsforskrifter både nasjonalt og regionalt.¹²⁹ Med hensyn til kontroll og tilsyn er alle bestillere pålagt en

¹²⁵ Ot.prp. nr. 7 (2007-08), s. 8.

¹²⁶ *Ibid.*, s. 10.

¹²⁷ *Ibid.*, s. 5.

¹²⁸ Faktaarket finnes på Fornyings- og administrasjonsdepartementets nettsider.

¹²⁹ Hittil er alle allmenngjøringsvedtak rettet mot ulike sektorer i byggebransjen.

såkalt påseplikt etter allmenngjøringsloven § 9 med tilhørende forskrift. Denne svarer innholdsmessig til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ved offentlige kontrakter.¹³⁰

Der det foreligger allmenngjøringsvedtak, er saken grei, disse gjelder. Det kan være i utakt med konvensjonens formål ettersom allmenngjøringsforskriftene ville gjelde uavhengig av klausulen, og fordi allmenngjøringsforskrifter fastlegger et nedre minimum av hva som er tillatelig. Allmenngjøringsforskrifter gir ikke nødvendigvis gir anvisning på det lokalt etablerte nivå.

Som en bransje der arbeidsklausuler kan ha effekt, viser forarbeidene til renholdsbransjen.¹³¹ Her finnes ikke allmenngjøringsforskrifter. Medieoppslag viser at det kan være behov for reguleringer i bransjen, men viser også at ikke alle kommuner følger opp, eller forstår forskriften.¹³² På slike områder som ikke er omfattet av allmenngjøringsforskrifter legger forarbeidene til grunn at det er aktuell tariffavtale ”som blir lagt til grunn for kva som er akseptabelt”.¹³³ Det må antas at det henvises til hva som er akseptabelt innenfor ordlydens landsomfattende tariffavtale eller det normale.¹³⁴ I slike tilfeller gjøres dermed lønnsnivået i alminnelige tariffavtaler gjeldende gjennom kontrakten uten at vilkårene i allmenngjøringsloven er oppfylt.¹³⁵ Der det heller ikke finnes tariffavtaler ”må det gjerast meir skjønnsmessige vurderingar.”. Likevel skal ikke oppdragsgiveren fastsette et bestemt lønnsnivå, men ”i ein konkret situasjon må ta stilling til om lønns- og arbeidsvilkåra i ei verksemd ligg på eit normalt nivå for vedkommande stad og yrke.”.¹³⁶ Helt klare er forarbeidene er ikke, men det sentrale synes å være en løsning som kan innpasses i lovens og konvensjonens ordlyd.

¹³⁰ Forskrift 22. desember 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett §§ 5 og 6.

¹³¹ Ot.prp. nr. 7 (2007-2008) s. 10.

¹³² <http://www.dagsavisen.no/meninger/article384035.ece> (besøkt 1. desember 2008).

¹³³ Ot.prp. nr. 7 (2007-2008) s. 11.

¹³⁴ Hva som er akseptabelt etter mer rimelighetsorienterte betraktninger er ikke tema etter ordlyden.

¹³⁵ Weltzien 2008, s. 59, er sterkt kritisk til dette, og legger til grunn at det gir uttrykk ”for grunnleggende gal rettskildelære”. I lys av at forskriften implementerer konvensjon nr. 94 er det den folkerettslige forpliktelse som gjør at tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår gjøres gjeldende, ikke en omgåelse av allmenngjøringsloven.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 7 (2007-2008) s. 11.

Ettersom de avgjørende kriterier er nokså vage, kan det spørres om ikke allmenngjøring er en mer formålstjenlig regulering i bransjer der avlønning under tariff forekommer. NHOs landsforening for servicebedrifter, NHO Service, har tatt til orde for å allmenngjøre tariffavtaler i renholdsbransjen, men har møtt motbør hos LOs Norsk arbeidsmandsforbund.¹³⁷ Grunnen er at det vanskeliggjør rekruttering til forbundet. Saken illustrer at det er mange kryssende og velbegrunnede interesser en står overfor ved lovfesting av lønns- og arbeidsvilkår. Problemstillingene saken illustrerer gjør seg gjeldende i større grad med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, som etter ordlyden også fratar de organiserte den faktiske lønnsforskjellen som finnes mellom allmenngjorte nivåer og de faktiske.¹³⁸ I byggebransjen er denne forskjellen nokså tydelig. Som en oppklaring av hvordan forskriften skal forstås, har Fornyings- og administrasjonsdepartementet publisert et faktaark om forskriften. Et slikt etterfølgende utsagn om forståelsen av en forskrift må antas å ha mindre rettskildemessig verdi.¹³⁹ I det store og hele fremstår veiledningen som lite oppklarende, også det taler mot å tillegge den særlig vekt. Det legges til grunn en rekke tolkninger som synes vanskelig å innpasse både med konvensjonens og forskriftens ordlyd.¹⁴⁰

Sammenfatningsvis er ikke forskriften helt uproblematisk i forhold til de prinsippene den er ment å gjennomføre. Vi står igjen med en nokså spesiell løsning, der ordlyden gir inntrykk av at landsomfattende tariffavtaler er avgjørende, mens forarbeider og etterfølgende lovtolkninger i de mest praktiske tilfelle henviser til allmenngjorte tariffavtaler.¹⁴¹ Som redegjort for ovenfor er formålet med konvensjonen ikke primært at arbeidstagere under

¹³⁷ Dagens Næringsliv 19. november 2008 s. 31.

¹³⁸ Nå er det ikke utenkelig at en fremtidig allmenngjøringsforskrift ville legge seg nærmere opp til det faktiske nivå i renholdsbransjen, men hittil er det utelukkende tariffavtalers minstesatser som er allmenngjort. Allmenngjøring av en forholdsvis høy lønn "får en lønnsdrivende effekt" jfr. høring om effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar, Aid, 5. desember 2008, s. 43.

¹³⁹ Eckhoff, Helgesen 2000, s. 95 flg.

¹⁴⁰ For en svært kritisk redegjørelse, se Weltzien 2008, s. 53.

¹⁴¹ Faktaarket, s. 2.

offentlige kontrakter skal motta det minste tillatte som uansett ville gjelde, men at arbeidstakere under offentlige kontrakter skal avlønnes etter det gjeldende nivå på arbeidsstedet. En mer praktisk uheldig side er at forholdet mellom ulike tariffavtaler i forhold til hvilke som skal legges til grunn, ikke går klart frem. Det er heller ikke lett å se om hele tariffavtalen skal gjøres gjeldende, eller om det typisk er vilkår som forskriftsfestes ved tariffavtalen i stedet hadde blitt allmenngjort.

Virkingen av den norske gjennomføringen av konvensjonen er at det henvises til normallønn slik den fremgår av fremforhandlede tariffavtaler. Fordi allmenngjøringsforskrifter er bestemmende vil det imidlertid gjelde i bransjer der det i alle fall hittil ikke har vist seg særlige problemer med hensyn til lønnsk konkurranse ved offentlige tjenestekontrakter. Dersom vi legger til grunn at det er behov for reguleringer i renholdsbransjen, viser medieoppslag at fagbevegelsen ikke ønsker lovfesting av lønns- og arbeidsvilkår fordi de kan svekke rekruttering til fagforbundet.

4.4 Avsluttende bemerkninger om den norske prosessen rundt konvensjon nr. 94

Som fremstillingen viser, adskiller den norske gjennomføringen av ILO-konvensjon nr. 94 seg i noen grad fra konvensjonsteksten. På bakgrunn av Ekspertkomiteens rapport om konvensjonen er det imidlertid lite som tyder på at ILO har noe å bemerke til den norske gjennomføringen.

I forarbeidene til tilføyelsen av § 11a i anskaffelsesloven er det fremholdt at de norske bestemmelsene er tvilsomme i forhold til EØS-retten, men at det taler mot at slike regler er uforenelige at flere andre EU-stater har ratifisert konvensjonen.¹⁴² Av General Survey 2008 om ILO-konvensjon nr. 94 fremgår at svært få europeiske stater har gjennomført konvensjonen. Konklusjonen om oppfølgingen av konvensjonen er illustrerende for dens status i dag:

“Based on the review of national law and practice, the Committee concludes that

¹⁴² Ot.prp. nr.7 (2007-2008) s. 6.

the idea of including labour clauses in public contracts is not widely accepted among member States ... Moreover, there seems to be little support for the idea that workers employed under public contracts would need special protection in order to avoid social dumping in the sensitive area of public procurement. The rationale of the Convention, i.e. the notion that the State should act as model employer and offer the most advantageous conditions to workers paid indirectly through public funds, does not seem to enjoy great popularity today.”(side 59).

En ting er at svært få stater har ratifisert konvensjonen i nyere tid. Mer betegnende er det at rapporten også viser at ratifiserende stater jevnt over har et nokså tilbakeleent synt på konvensjonens forpliktelser:

“Even among ratifying countries, the application of the Convention lacks in many cases uniformity or coherence. According to a rough estimate, no more than 15 member States, accounting for one fourth of the total number of ratifications received to date, are in full compliance with its requirements. Another 15 member States, often several decades after ratification, have still not adopted any implementing legislation.” (side 59).

Det fremgår videre at Kypros, Danmark, Italia og Spania har gjengitt art. 2 i sin helhet i lovgivning eller rundskriv, men det synes uklart hvordan konvensjonen praktiseres.

Østerrike har kun en henvisning til selve konvensjonen i sin anskaffelseslov, mens finsk implementeringslov viser til minstekrav i lovbestemmelser eller tariffavtaler.¹⁴³

På bakgrunn av Ekspertkomiteens rapporter tyder ingenting på at Bulgaria anvender konvensjonen,¹⁴⁴ det samme gjelder for Frankrike¹⁴⁵ og Nederland.¹⁴⁶ I Belgia gjør tilsynelatende klausulene generelle arbeidsvilkår og trygdesystemet gjeldende, slik disse reguleringene fremgår ved lov eller tariffavtaler på nasjonalt, regionalt eller lokalt nivå.¹⁴⁷

Dermed tyder mye på at Norge står nokså alene med vår gjennomføring. Verken ved ratifikasjonen eller ved innføringen av forskriften viser forarbeidene til hvordan andre stater gjennomfører sine forpliktelser etter konvensjon. Et sideblikk til hvordan svenske

¹⁴³ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 37.

¹⁴⁴ Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A), General Report and observations concerning particular countries, s. 547.

¹⁴⁵ Ibid s. 553.

¹⁴⁶ Ibid s. 564.

¹⁴⁷ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s 37.

myndigheter har vurdert konvensjonen, ville kanskje foranlediget mer inngående EØS-rettslige vurderinger.

Allerede i 1991 kom EF-domstolen til at EF-traktaten art. 59 og 60 (dagens 49 og 50), tilsvarende EØS art. 36 og 37, ikke bare forbyr diskriminering, men også inneholder et restriksjonsforbud, jfr. avgjørelsen i *Säger*.¹⁴⁸ Hva dette innebar var riktignok usikkert i lang tid, og at forholdet til restriksjonsforbudet ikke ble vurdert i 1995, kan forklares på bakgrunn av det vide utgangspunktet i *Rush*. Det som – kanskje i etterpåklokskapens lys – er vanskeligere å forstå, er hvorfor det ikke ble foretatt en skikkelig EØS-rettslig vurdering av anskaffelsesloven § 11a og forskriften før den trådte i kraft 1. mars 2008. Riktignok inneholder Ot.prp. nr. 7 (2007-2008) en oppsummering av hovedpunktene i prinsippet om fri tjenestutveksling, men i forhold til vurderingene i den svenske SOU 2006:28, som drøfter spørsmålet om svensk ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94, virker de norske vurderingene nokså halvhjertede. Departementets konklusjon er illustrerende for de norske forberedelsene:

”Departementet ser at det ikkje er rettsleg avklart om ei gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 er i tråd med Noregs forpliktingar etter EØS-avtalen ... Departementet meiner likevel at det ligg føre gode argument for at dei omsyn som konvensjonen skal ivareta, er omsyn som legitimt bør kunne grunngi ein restriksjon på den frie flyten av tenester. At 60 statar, av desse 9 EU-medlemmer, har ratifisert konvensjonen, er ein sterk indikasjon på at bruk av arbeidsklausular i offentlege kontraktar er eit allment akseptert verkemiddel i offentleg internasjonal rett.”¹⁴⁹

Utstasjoneringsdirektivet ble ikke vurdert i forarbeidene, og det ble heller ikke vist til at Sverige etter utredningen i SOU 2006:28 fant å ikke ratifisere konvensjonen. At ikke en gang *Rüffert*, som allerede var til behandling i EF-domstolen men ikke avgjort, var tilstrekkelig grunn for å avvende forskriften, viser etter min mening at det fra politisk hold var sterke ønsker om slike regler, selv om innføringen av arbeidsklausuler med krav om lokal tariff- eller normallønn kunne bli problematisk. En utprøving av EØS-avtalens grenser er imidlertid ikke nødvendigvis dramatisk eller uønskelig. Stortinget ville ratifisere

¹⁴⁸ Sak C-76/90 Manfred Säger mot Dennemeyer & Co ltd. [1991] EFD I-04221, avsnitt 12 og 13.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr.7 (2007-2008) pkt. 4.

konvensjonen, og Stortinget ville implementere den i anskaffelsesloven. Når en først skal vedta lovgivning der forholdet til EØS-retten er uavklart, synes det imidlertid hensiktsmessig å legge seg opp mot konvensjonens ordlyd dersom det politisk er flertall for at denne representerer et godt prinsipp. Dagens løsning fremstår kanskje mest som en hybrid mellom stadfestelse av allmenngjøringsinstituttet og en virkelig god gjennomføring av konvensjon nr. 94s grunnprinsipp.

Del III

5 EF/EØS-rettens begrensninger for anvendelse av nasjonale arbeidsrettslige reguleringer

5.1 Innledning og problemstillinger

Forpliktelsene etter ILO-konvensjon nr. 94 er ikke det eneste, og ikke det viktigste internasjonale regelsett som omhandler anvendelige lønns- og arbeidsvilkår ved oppfyllelse av kontrakter i tjenestesektoren. I kraft av EØS-avtalen finnes fellesskapsrettslige skranker for hvilke forpliktelser offentlige myndigheter kan pålegge utenlandske tjenesteytende virksomheter som tilbyr tjenester i Norge ved å bringe med seg sine ansatte.

Også etter dette rettssystemet skilles det mellom private og offentlige kontrakter, men det EØS-rettslige fokus ved anskaffelseskontrakter er realiseringen av det indre marked. Fremme av sosiale rettigheter og motarbeidelse av lønnskurransen må avveies mot et annet grunnleggende hensyn, hensynet til fri bevegelighet.

Rettspraksis viser imidlertid at det ikke først og fremst er de særlige reglene for offentlige anskaffelser som aktualiseres dersom arbeidsrettslige forpliktelser gjøres gjeldende ved

oppfyllelse av offentlige kontrakter, men de alminnelige grunnprinsipper om de fire friheter. Her er det de traktat- og rettspraksisbaserte prinsippene om den frie tjenesteutveksling og konkretiseringen av disse i sekundærlovgivning jeg skal se på. Det er disse reglene som begrenser både nasjonale myndigheter og arbeidslivets parter fra å anvende egne reguleringer overfor utenlandske tjenestevirksomheter og deres arbeidstakere i Norge. Dette gjelder uavhengig av om kontrakten er offentlig eller ikke.

Frem til de tre dommene fra desember 2007 til juni 2008 i *Laval*, *Rüffert* og *Luxembourg* har direktivet om utstasjonering av arbeidstakere og forholdet mellom direktivet og rettspraksisbaserte prinsipper avsagt under EFT art. 49, fremstått som mer uklart enn det er i dag. Direktivet trådte i kraft i 1999,¹⁵⁰ men ble i alle fall for de skandinaviske land først aktualisert med EU-utvidelsene i 2004 og Vaxholm-konflikten som ledet til *Laval*.

Direktivet gir anvisning på hvilke nasjonale bestemmelser som *skal*, og hvilke nasjonale bestemmelser som *kan* anvendes overfor utenlandske tjenestevirksomheter. Det materielle innhold i nasjonale reguleringer er ikke harmonisert, og dette kan statene fastlegge fritt under iakttakelse av EFT., og de alminnelige fellesskapsrettslige prinsipper.¹⁵¹ Dermed er avgjørelser om utstasjonering avsagt før direktivet ble anvendelig, både relevante og tungtveiende også i dag. Disse avgjørelsene inneholder ikke fortolkninger av direktivet, men legger føringer for hvordan sekundærlovgivningen skal tolkes i lys av primærrettens utgangpunkter.

I dag er det særlig tre problemstillinger som er avgjørende for EØS-statenes muligheter til å anvende egne reguleringer overfor virksomheter som utstasjonere deres ansatte på deres område:

- Hvilke typer nasjonale reguleringer kan anvendes,
- Hvilke metoder eller rettslige reguleringsmåter må statene anvende dersom egne reguleringer skal anvendes, og

¹⁵⁰ Direktivets ble vedtatt 16. desember 1996, med tre års implementeringsfrist.

¹⁵¹ SOU 2008: 123, s. 105.

- Hvilket materielle beskyttelsesnivå kan gjøres gjeldende innenfor de tematiske og instrumentelle begrensninger før særlig et lønnsnivå i seg selv er en unødvendig og dermed ulovlig handelshindring.

5.2 Fellesskapsrettslige utgangspunkter og innpassing av utstasjonering

Det bærende hensyn bak opprettelsen av det indre marked var at økonomiske aktører bør og kan lokalisere sine aktiviteter i den medlemsstaten der de rettslige, økonomiske og sosiale forhold passer dem best, og tilby sine varer og tjenester fritt innenfor fellesmarkedets grenser. Dette skulle sikre optimal lokalisering av virksomheter og optimal økonomisk vekst.¹⁵² I denne tankegangen var det lite rom for arbeidsrettslige aspekter. Ved opprettelsen av det økonomiske fellesskapet ble det lagt til grunn at høye sosiale standarder deriblant lønn ville følge i kjølvannet av økonomisk vekst. Av den grunn var det ikke nødvendig å harmonisere lønns- og arbeidsvilkår. To viktige bidragsytere bak utgangspunktet er Ohlin-rapporten utarbeidet av ILO,¹⁵³ og oppfølgingen i Spaak-rapporten utarbeidet av de etablerende staters utenriksministre.¹⁵⁴ Rapportene la til grunn det ovennevnte syn og ga sin støtte til Tyskland som argumenterte med at statsintervensjon med hensyn til priser og lønninger burde holdes på et minimum.¹⁵⁵ Frankrike, som hadde sterkere tradisjoner for lovgivning på arbeidsrettens område og også en større kvinneandel i arbeidslivet, fikk i et kompromiss gjennom det som i dag er EF-traktaten art. 136, 140, 141 og 142 om sosiale målsetninger og likelønn mellom kvinner og menn.¹⁵⁶

¹⁵² Barnard 2006, s. 4.

¹⁵³ International Labour Office, Social Aspects of European Economic Cooperation, Geneva, 1956.

¹⁵⁴ Barnard 2006, s. 5.

¹⁵⁵ Fuchs 2004, s. 155 flg.

¹⁵⁶ Barnard 2006, s. 7.

Følgen av disse utgangspunktene er at rederier som vil utflagge skip til andre medlemsstater har rett til å etablere datterselskaper i andre EØS-stater uten å støte på unødvendige rettslige hindre i medhold av EFT. art. 43/EØS art. 31.¹⁵⁷

Tilsvarende har arbeidstakere som ønsker å ta arbeid i andre EØS-stater rett til å motta de *samme*, fortrinnsvis gode, lønns- og arbeidsvilkår som gjelder der arbeidskraft er etterspurt etter EFT. art. 39/EØS art. 28.¹⁵⁸

Fordi fellesskapsretten også har en mindre økonomisk og mer sosial side,¹⁵⁹ men også fordi god konkurranse forutsetter like grunnforutsetninger eller rammevilkår for økonomisk virksomhet, finnes i dag likevel utstrakt minimumsharmonisering blant annet i arbeidsretten. Dette kan bidra til å nå Lisboa-erklæringens målsetning om økonomisk fremgang basert på kunnskap og teknologi, snarere enn lavt sosialt beskyttelsesnivå og billig arbeidskraft.¹⁶⁰

En situasjon som ikke lett lar seg innpasse i disse skjematiske utgangspunkter, oppstår der selskaper etablert i en EØS-stat oppfyller tjenesteoppdrag i en annen EØS-stat ved å bringe med seg sine ansatte til vertsstaten, for å vende tilbake etter kontrakten er oppfylt. Fra virksomhetenes ståsted kan årsaken bak kontraktstildelingen være at deres konkurransesituasjon er gunstig ved at disse har lavere kostnader til arbeidskraft enn virksomheter i staten der kontrakten skal oppfylles. Hensynet til fri bevegelighet taler her for at virksomhetene kan bringe med seg hjemstatens lønns- og beskyttelsesnivå, og derved nyttiggjøre sitt konkurransefortrinn. Fra vertsstatens ståsted blir spørsmålet mer sammensatt. På den ene siden er det særlig ved offentlige kontrakter gunstig for innbyggerne om en får mest mulig for offentlige midler.¹⁶¹ På den annen side er det uheldig

¹⁵⁷ Sak C-438/05 *Viking Line*.

¹⁵⁸ Se Rådets forordning nr. 1612/68/EØF av 15. oktober 1968 om arbeidskraftens frie bevegelighet innenfor fellesskapet art. 7.

¹⁵⁹ En annen sak er at den sosiale dimensjonen ikke speiles i EØS-avtalens hoveddel. Flere betydningsfulle bestemmelser som EFT. art. 137(2), har tilkommet etter 1992.

¹⁶⁰ Craig og De Burca 2007, s. 150.

¹⁶¹ Barnard 2006, s. 275.

for den nasjonale organisering av arbeidslivet dersom nasjonalt etablerte lønns- og arbeidsvilkår settes under press av virksomheter som bringer med seg ansatte med lavere beskyttelsesnivå og lavere lønninger til vertsstaten. For vertsstatene, og særlig deres fagforeninger, kan utstasjonering dersom de utstasjonerte bringer med seg hjemstatens lavere lønnsnivå, bli betegnet som sosial dumping, eller som et Bermuda-triangel for den nasjonale arbeidsrett.¹⁶²

I *Rush Portuguesa* slo EF-domstolen fast at slik utstasjonering faller inn under den frie tjenestutveksling og ikke fri bevegelse av arbeidstakere så lenge de aktuelle arbeidstakere ”vender tilbake til deres hjemland etter utførelsen af arbejdet, uden at de på noget tidspunkt kommer ind på arbejdsmarkedet i den anden medlemsstat.” (avsnitt 15). Begrunnelsen bak løsningen kan kritiseres, men er bekreftet i *Finalarte*,¹⁶³ og er i dag sikker rett. Dette innebærer ikke at utstasjonierende virksomheter og deres ansatte ikke berøres av arbeidsretten i vertsstaten. Enkelt sagt er dette utgangspunktet når det er tjenesten selv, og ikke tjenesteyteren som er det grensekryssende element. Verken lovvalgsreglene i den internasjonale privatrett eller fellesskapsretten er til hinder for at vertsstaten gjør gjeldende sine arbeidsrettslige reguleringer, selv om de utstasjonerte arbeidstakeres arbeidsforhold sett under ett er nærmest hjemmehørende i hjemstaten.¹⁶⁴ Hvor langt vertsstatene kan gå i å anvende det fulle spekter av nasjonale reguleringer er imidlertid et annet spørsmål, og dette er tema i det følgende.

5.3 Utstasjonering og lønnskonkurranse under restriksjonsforbudet

Den første sak om utstasjonering ble avsagt allerede i 1982 ved *Seco*. Tvisten gjaldt Luxembourgiske regler om arbeidsgiverbidrag til sosiale fond, og lønn er bare indirekte

¹⁶² De Vos 2006, s. 356.

¹⁶³ Forente saker C-49/98 m.fl, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda* m.fl., mot *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft*, m.fl., [2001] EFD I-7831.

¹⁶⁴ Jfr. Romakonvensjonen om lovvalg i kontraktsforhold art. 6. Etter norsk internasjonal privatrett, som hovedsakelig er ulovfestet, følger det samme analogisk og av Irma Mignon-formelen jfr. Rt. 1923 s. 59, jfr. Lundgaard/Gaarder 2000, s. 254. Jeg kommer tilbake til internasjonalt privatrettslige aspekter ved behandlingen av utstasjoneringsdirektivet.

berørt. Både generaladvokaten og domstolen fant at kravet til fondsbidrag var utillatelige fordi bidragsreglene virket indirekte diskriminerende da arbeidsgivers byrde ikke ga de utstasjonerte fordeler. Derfor kunne reglene ikke kunne begrunnes i hensynet til deres beskyttelse. Det viktigste med *Seco* her, er en prinsipiell forskjell mellom generaladvokatens innstilling og et obiter dictum i avgjørelsen vedrørende hvilken lønn de utstasjonerte arbeidstakere skulle motta.

Generaladvokaten la til grunn at det er et kjennetegn ved det indre marked:

”which is to be attained *inter alia* by the freedom to provide services, that when providing services in another Member State *any employer may in principle make use of the cost advantages existing in his country, including lower wage costs*, under the conditions of undistorted competition which constitute another objective of the Treaty.”¹⁶⁵

Domstolen la derimot til grunn at vertsstaten kunne utstrekke sin minstelønn slik denne fremgår av lov eller tariffavtale til alle arbeidstakere på sitt område:

”It is well established that Community law does not preclude Member States from applying their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry *relating to minimum wages*, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country the employer is established, just as Community law does not prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means.” (avsnitt 14, min utheving).

Generaladvokaten befattet seg altså med kjennetegn ved de indre marked, mens domstolen hadde et bredere perspektiv og anvendte begrepet fellesskapsrett. Den kanskje mest betydningsfulle avgjørelse om utstasjonering, falt omtrent ti år etter *Seco* ved *Rush Portuguesa*. Heller ikke denne saken omhandlet lønn direkte, men franske krav om arbeidstillatelse for tredjelandsborgere. Saken gjaldt portugisiske arbeidstakere som på den tiden var underlagt overgangsordninger for arbeidstakeres frie bevegelse. Domstolen fant at EFT art. 49 og 50 forbyr at medlemsstatene hindrer selskaper fra andre medlemsstater å medbringe hele sitt personale, og at det heller ikke kan stilles krav om arbeidstillatelse for arbeidstakere som reiser hjem etter kontraktsarbeidet er avsluttet. Franske virksomheter

¹⁶⁵ Forente saker 62/81 og 63/81 *Seco*, generaladvokatens innstilling, s. 244.

kunne fritt benytte eget personale, dermed var de franske vilkår diskriminerende jfr. avsnitt

12. Virkningen av konklusjonen ble imidlertid begrenset i et obiter dictum:

”Endelig bemærkes i anledning af det af den franske regering herom anførte, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstatene lader deres lovgivning, eller de kollektive overenskomster, der er indgået mellem parterne på arbejdsmarkedet, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidigt karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbejdsgiveren er etableret. Fællesskabsretten opstiller heller ikke noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler.” (avsnitt 18).

Dermed åpnet domstolen de nasjonale arbeidsmarkeder via tjenestereglene, men satt en stopper for lønnskurranser mellom innenlandsk og utenlandsk arbeidskraft internt i medlemsstatene ved å sementere og utvide obiteret fra *Seco*.¹⁶⁶ I *Rush* begrenset domstolen seg ikke til minstelønn.

Det vide utgangspunkt *Rush* ga vertsstatene satte fart i arbeidet med sekundærlovgivning om utstasjonering. Allerede i 1991 presenterte Kommisjonen et utkast til direktiv om utstasjonering,¹⁶⁷ men innflytelsesrike vertsstater var lite interessert i sekundærlovgivning som begrenset mulighetene etter *Rush*.¹⁶⁸ Utstasjoneringsdirektivet kommer jeg tilbake til i punkt 6, her er det tilstrekkelig å nevne at direktivet først ble vedtatt i 1996. Med tre års implementeringsfrist fra vedtakelsen rakk domstolen å innsnevre utgangspunktene fra *Rush* før direktivet ble anvendt av domstolen. Fordi direktivet er en konkretisering av de traktatfestede tjenestereglene vil jeg først se på utviklingen i rettspraksis etter primærretten frem til direktivets anvendelighet. Domstolen avholdt seg fra å anvende direktivet på forskudd, men avgjørelsene er avsagt med viten om det kommende direktivet, og har stor betydning ettersom sekundærlovgivning må anvendes innenfor primærrettens alminnelige skranker.

¹⁶⁶ Barnard 2006, s. 276-277.

¹⁶⁷ COM(1991) 230 final.

¹⁶⁸ Utkastet bygger på det samme vertsstatsprinsipp som *Rush*, men kom ikke til anvendelse på utstasjonering under tre måneder.

5.4 Anvendelse av nasjonale reguleringer under restriksjonsforbudet

I *Seco* og *Rush* godtok ikke domstolen anvendelse av nasjonale regler overfor utstasjonerte virksomheter fordi de aktuelle reglene virket indirekte diskriminerende.

Reglene var nøytralt utformet, men virkningen gikk primært utover utenlandske virksomheter. Reguleringer som diskriminerer holder jeg utenfor i det følgende, slike kan bare rettferdiggjøres etter traktatens unntaksbestemmelser jfr. EFT. art. 55 jfr. 46.¹⁶⁹

Allerede året etter *Rush* fant EF-domstolen at EFT art. 49 ikke bare oppstiller et forbud mot slik nasjonalitetsbasert diskriminering, men *også* forbyr handelsrestriksjoner som virker likt for innenlandske og utenlandske virksomheter. I den grunnleggende *Säger* formulerte domstolen restriksjonsforbudet slik:

”Traktatens artikel 59 [dagens 49] ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion – også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater – der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser.” (avnitt 12).

Restriksjonsforbudet hadde tidligere åpnet varefriheten, og supplerer og effektiviserer diskrimineringsforbudet.¹⁷⁰ I *Säger* forbeholdt domstolen restriksjonsforbudet for tilfeller der tjenesten selv krysser grenser.¹⁷¹ I *Guiot*¹⁷² anvendte domstolen restriksjonsforbudet også ved utstasjonering, der tjenesteyteren er det grensekryssende element, og senere

¹⁶⁹ Kompliserende her er at det ikke alltid er opplagt hva som er ikke-diskriminerende restriksjoner og indirekte diskriminering.

¹⁷⁰ Barnard 2008, s. 141. Den grunnleggende avgjørelse er den såkalte *Cassis de Dijon*-dommen, sak 120/78, *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] s. 649.

¹⁷¹ Jfr. Sak C-76/90 *Säger*, avsnitt 13 ”En sådan restriktion er navnlig ulovlig, når tjenesteyderen – som i det i hovedsagen omhandlede tilfælde – til forskel fra den i Traktatens artikel 60 stk. 3, nævnte situation leveres uden at tjenesteyderen behøver at bevæge sig ind på den medlemsstats område, hvor tjenesteydelsen leveres.”.

¹⁷² Sak C-272/94 *Straffesak mot Michel Guiot og Climatec SA*, [1996] EFD I-1905, avsnitt 10.

rettspraksis utvidet forbudet ytterligere. *Mazzoleni*¹⁷³ er et godt eksempel der domstolen uten videre fant at anvendelse av nasjonal lovgivning overfor utenlandske tjenesteytere kan:

”være til hinder for, innebære ulemper for eller gjøre disse tjenesteydelser mindre tiltrækkende, i det omfang denne lovgivning medfører udgifter samt yderligere administrative og økonomiske omkostninger.” (avsnitt 24).

Rettspraksis viser at det har lite for seg å positivt oppregne hvilke regler som kan bli ansett som restriksjoner. Verdt å nevne er at det ut fra rettspraksis må anses klart at også minstelønnsordninger i prinsippet omfattes av restriksjonsbegrepet. Som vi straks skal se er likevel utgangspunktet etter traktatbasert rettspraksis at slike ordninger er tillatelige.¹⁷⁴ At ulike forpliktelser i hjemstaten og vertsstaten i seg selv utgjør en restriksjon, uavhengig av om reglene rammer utenlandske og innenlandske virksomheter likt, utfordrer åpenbart nasjonale reguleringer i en helt annen grad enn diskrimineringsforbudet.¹⁷⁵ Det harmonerer også dårlig med den tilsynelatende ubetingede retten til å anvende vertsstatens lønnsreguleringer i *Rush*.

5.5 Rettferdiggjøring av ikke-diskriminerende restriksjoner

5.5.1 Innledning

Motstykket til restriksjonsforbudet som kan ramme utilsiktet vidt er doktrinen om rettferdiggjøring av ikke-diskriminerende restriksjoner som ble utviklet i *Gebhard*¹⁷⁶. I *Gebhard* avsnitt 37 formulerer domstolen en lære eller test om rettferdiggjøring som eksplisitt kommer til anvendelse for alle de traktatfestede grunnleggende friheter.

¹⁷³ Se for eksempel sak C-165/98 *Straffesak mot Mazzoleni og ISA SARL*, [2001] EFD I-02189, avsnitt. 22.

¹⁷⁴ Evju 2006, s. 18.

¹⁷⁵ Det finnes ingen avgjørelse tilsvarende *Keck* for tjenestefriheten, og det er tvilsomt om det kan skilles mellom markedsadgang og markedsatferd ved utstasjonering, jfr. forente saker C-267/91 og 268/91, *straffesaker mot Bernard Keck og Daniel Mithouard*, [1993] EFD I-6097, avsnitt 16.

¹⁷⁶ Sak C-55/94 *Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, [1995] EFD I-4165.

Reguleringer som gjør utøvelsen av de traktatsikrede friheter mindre tiltrekkende kan rettferdiggjøres dersom disse:

- anvendes uten forskjellsbehandling,
- er begrunnet i tvingende allmenne hensyn,
- egnet til å oppfylle formålet de forfølger og,
- ikke går ut over hva som er nødvendig for å oppnå formålet.

Storkammer-avgjørelsen i *Arblade*¹⁷⁷ er et godt eksempel på hvordan domstolen appliserer læren ved utstasjonering. I flere utstasjoneringssaker avgjort på bakgrunn av traktaten har domstolen lagt vekt på et ytterligere vilkår som ikke klart går frem i *Gebhard*, nemlig kravet om reell fordel eller tilleggsbeskyttelse. Kravet bør kanskje helst sees som en del av egnet- og nødvendighetsvurderingen, men for enkelhets skyld vil jeg behandle det separat.¹⁷⁸

5.5.2 Tvingende allmenne hensyn

Dersom restriksjoner skal kunne rettferdiggjøres må formålet bak restriksjonen enten fremgå av EFT unntaksregler, eller være begrunnet i et av domstolens aksepterte tvingende allmenne hensyn. Hvilke hensyn det er snakk om er ingen fast størrelse, læren er utviklet i rettspraksis.¹⁷⁹ Allerede i *Webb*¹⁸⁰ avsagt i 1981, fant domstolen at beskyttelse av arbeidstakere er et allment hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på den frie tjenestutevksling. Dette er fortsatt det dominerende allmenne hensyn der vertsstaten stiller krav om overholdelse av nasjonale reguleringer, men det generelle hensynet har i senere rettspraksis blitt spesifisert i ulike retninger.¹⁸¹

¹⁷⁷ Forente saker C-396/96 og C-376/96 Straffesaker mot *Jean-Claude Arblade* og *Arblade & Fils SARL* og *Bernard Leloup, Serge Leloup* og *Sofrage SARL*, [1999] EFD I-8453.

¹⁷⁸ Slik også Rognstad og Foyn i Sejersted m.fl., 2004, s. 453.

¹⁷⁹ Domstolen sa det kanskje best selv i sak 33/74 *van Binsbergen* [1974] EFD 1299, avsnitt 12 "rules justified by the general good".

¹⁸⁰ Sak C-279/80 *Straffesak mot Alfred John Webb*, [1981] EFD 3305, avsnitt 19.

¹⁸¹ Forebyggelse av sosial dumping, sak C-244/04 *Kommisjonen mot Tyskland* [2006] EFD I-885, avsnitt 62; illojal konkurranse, sak C-60/03 *Wolff & Müller mot Pereira Felix* [2004] EFD I-9553, avsnitt 41;

Anvendelse av nasjonale reguleringer overfor utstasjonerte virksomheter tilgodeser *ikke bare* de utstasjonerte arbeidstakere, men også vertsstatens nasjonale arbeidsmarked mot konkurranse ved at konkurransefortrinn utjevnes eller minskes. Dette ble problematisert i *Finalarte*. Forarbeidene til den tyske utstasjoneringslov, Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), uttrykte et klart proteksjonistisk formål om å beskytte tyske virksomheter mot konkurranse i det indre marked. Utgangspunktet er klart nok er at restriksjoner begrunnet i økonomiske og forvaltningsmessige hensyn ”så som beskyttelse av nasjonale foretak”,¹⁸² ikke kan innskrenke den frie bevegelse. Selv om domstolen på dette grunnlag kunne kjent loven ugyldig,¹⁸³ fant den at lovgivers hensikt ved vedtakelsen ikke var avgjørende:

”Det skal imidlertid bemærkes, at selv om lovgivers hensikt, således den kommer til uttrykk under de politiske drøftelser forud for vedtagelsen af en lov eller i bemærkningene til et lovforslag, ganske vist kan udgøre et indicium for det med lovens forfulgte formål, er denne hensikt ikke afgørende. Tværtimod påhviler det den forelæggende ret at tage stilling til, om den i hovedsagerne omhandlede lovgivning objektivt set fremmer beskyttelsen af de udstationerede arbejdstagere.” (avsnitt 40 og 41).

Dette ble bekreftet i *Portugaia*¹⁸⁴, der domstolen uttalte ”lovgivers hensikt, som denne kommer til uttrykk i motiverne til en lov, kan udgøre et indicium for det med loven forfulgte formål, men dog ikke er afgørende” (avsnitt 27). Den subjektive begrunnelse hos lovgiver er dermed ikke avgjørende, men det foranlediger en nærmere undersøkelse av lovens virkning.¹⁸⁵

unngå forstyrrelser på arbeidsmarkedet, sak C-445/03 *Kommisjonen mot Luxembourg* [2004] EFD I-10191, avsnitt 38.

¹⁸² Sak C-49/98 m.fl., *Finalarte*, avsnitt 39.

¹⁸³ Evju 2006 s. 21 og Giesen 2003 s. 157.

¹⁸⁴ Sak C-164/99 *Portugaia Construções Lda*, [2002] EFD I-00787.

¹⁸⁵ Foyn og Rognstad i Sejersted m.fl., 2004, s. 453.

5.5.3 Fordelskravet

Vilkåret om at anvendelse av vertsstatens reguleringer skal gi arbeidstakere fordeler de ellers ikke ville hatt krav på, henger sammen med prinsippet om gjensidig anerkjennelse.¹⁸⁶ Et annet poeng er at vertsstatsreguleringer som ikke gir noen fordel, utelukkende beskytter det innenlandske arbeidsmarked mot konkurranse uten at det kommer de utstasjonerte til gode. Vurderingen av om en regulering gir de utstasjonerte arbeidstakere fordeler foranlediger en *individuell vurdering* av vernet i hjemstaten før det kan insisteres på at vertsstatsreglene finner anvendelse.¹⁸⁷

Guiot gjaldt i likhet med *Arblade*, arbeidsgiverbidrag til fond for bonusytelser og lønn ved dårlig vær. Domstolen til grunn at art. 49 og 50 var til hinder for å kreve slike bidrag ”når virksomheden allerede betaler lignende bidrag for de samme arbeidstagere og for de samme arbeidsperioder i den stat, hvor den er etableret.”(avsnitt 22). I *Arblade* uttalte den at bidragene bare kunne kreves såfremt dette er ”en fordel, der reelt kan give dem en ekstra beskyttelse de ellers ikke ville have” (avsnitt 54). *Arblade* gjaldt utstasjonering fra Frankrike til Belgia, og selskapene var underlagt ”om ikke identiske, så i hvert fald sammenlignelige”¹⁸⁸ forpliktelser i Frankrike. På denne bakgrunn kunne belgiske myndigheter ikke kreve tilsvarende bidrag i Belgia. Også *Finalarte* gjaldt arbeidsgiverfinansiering av sosiale fond, men i den saken var de utenlandske arbeidsgivere ikke underlagt tilsvarende forpliktelser i etableringsstatene, som i Tyskland.¹⁸⁹

Det avgjørende etter fordelskravet var da om de utstasjonerte arbeidstakerne:

”reelt er i stand til at gjøre deres ret til at få udbetalt feriegodtgjørelser fra feriekassen gældende, navnlig under hensyn til de formaliteter, de skal udføre, det sprog de skal benytte, samt de nærmere regler om udbetaling.” (avsnitt 48).

¹⁸⁶ Også dette prinsippet har opphav i varefriheten, se sak 120/78, *Cassis de Dijon*.

¹⁸⁷ Evju 2008 a, s. 10-11.

¹⁸⁸ Forente saker C-369/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 48.

¹⁸⁹ COM(2003) 458 final, s.15.

Dersom prosessuelle regler for å få utbetalt det arbeidstakerne hadde rett på gjorde det lite trolig at de utstasjonerte ville motta reelle fordeler, virket pålegget om fondsbidrag utelukkende som en handelshindring.

Et særlig spørsmål er om fordelsvurderingen ved spørsmål om lønn innebærer at det er tilstrekkelig at lønnsatsene sammenlignes, eller om det er de totale økonomiske ytelser som skal sammenholdes. I *Arblade*, som er den første avgjørelse som anerkjente anvendelse av vertsstatens mistelønnsregler overfor utstasjonerte arbeidstakere i en sak der spørsmålet var reist, gikk domstolen ikke inn i hvilke vurderingstema som skal holdes opp mot hverandre. Derimot oppstilte domstolen en *presumpsjon* på bakgrunn av *Seco*, *Rush* og *Guiot* om at:

”bestemmelser i en medlemsstats lovgivning eller kollektive overenskomster, der garanterer en minsteløn, som utgangspunkt kan anvendes overfor arbeidsgivere, der utfører tjenesteydelser på den pågældende stats område, uanset hvilket land de er etablert i.” (avsnitt 42).

Domstolen gikk derved tilbake på obiteret i *Rush* som gjaldt lønn, og ikke bare minstelønn. Et vilkår for å gjøre minstelønn gjeldende er imidlertid at disse skal være:

”tilstrækkeligt præcise og tilgængelige, således at det ikke i praksis er umuligt eller urimeligt vanskelig for en sådan arbejdsgiver at få klarhed over, hvilke forpligtelser han skal overholde.” (avsnitt 43).

Reservasjonen er tilsynelatende velbegrunnet, dersom det er urimelig vanskelig for arbeidsgiveren å få kunnskap om de aktuelle lønnsatsene, kan han kan nøle med å påta seg oppdraget. Nærmere vurderinger av hvilke nasjonale lønninger som anses som minstelønn ser vi ikke, men domstolen problematiserte ikke at minstelønnen i saken var basert på allmenngyldig tariffavtale, selv om Belgia også har en lavere lovfestet minstelønn.¹⁹⁰ Den aksepterte derimot ikke at bonusordninger som også hadde grunnlag i allmenngyldige tariffavtaler inngikk i minstelønnen.¹⁹¹ En grunn til at domstolen ikke problematiserte fordelskravet med hensyn til lønn i *Arblade* kan ha vært at det som oftest ikke er tvil om at en høyere lønn i vertsstaten enn i hjemstaten er en fordel for arbeidstakerne. En annen kan

¹⁹⁰ Evju 2006, s. 25.

¹⁹¹ Forente saker C-369/96 og 376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 45 og 46.

være at minstelønnsnivået uten videre ble tatt som utgangspunkt.¹⁹² Spørsmålet om minstelønn og nivå vender jeg tilbake til i punkt. 6.6.

Selv om utgangspunktet etter EFT art. 49 er at minstelønnsbestemmelser kan anvendes, viser *Mazzoleni* at det også her kan problematiseres hvorvidt vertstatens regler innebærer noen egentlig fordel, og hvorvidt anvendelse av nasjonale bestemmelser om minstelønn er nødvendig. Domstolen gjentok i utgangspunktet om at vertsstatens minstelønn kan anvendes også i *Mazzoleni*,¹⁹³ men gikk på bakgrunn av særlige omstendigheter i saken bredt ut med hensyn til hva som skulle sammenlignes. Fordi det dreide seg om helt kortvarig utstasjonering, var det ikke bare de aktuelle lønnssetninger som skulle sammenholdes, men også andre relevante momenter som ”løn, skat og sociale omkostninger både i værtmedlemsstaten og i etableringsmedlemsstaten” (avsnitt 35). At domstolen her anga et såpass vidt vurderingstema, hadde betydning for den proporsjonalitetsvurdering som ble sendt tilbake til den foreleggende rett.

5.5.4 Proporsjonalitet

Selv om proporsjonalitetsvurderingen kan sees som en del av fordelskravet, er vurderingsmomentene bredere og mer fleksibelt anlagt ved vurderingen av egnethet og nødvendighet. Selv om vertsstatens regler gir de utstasjonerte reelle fordeler og dermed er egnet til å nå sitt formål, skal det vurderes om disse fordelene står i forhold til tiltakets ulemper for samhandelen. Det sentrale er om samme formål kan nås ved tiltak som i mindre grad begrenser samhandelen. Hvis det er tilfelle, er virkemiddelet uproporsjonalt og kan ikke rettferdiggjøres. I *Finalarte* presenterer domstolen proporsjonalitetsvurderingen slik:

”[det] skal foretages en afvejning mellem på den ene side de administrative og økonomiske byrder, som påhviler tjenesteydere i henhold til disse bestemmelser, og på den anden side den ekstra sociale beskyttelse, som arbeidstagerne opnår derved

¹⁹² Evju 2006, s. 25.

¹⁹³ Sak C-165/98 *Mazzoleni* avsnitt, 28 og 29.

i forhold til, hva der garanteres i henhold til bestemmelserne i den medlemsstat, hvor arbeidsgiveren har sit hjemsted.”¹⁹⁴

Rettspraksis viser at domstolen særlig har stilt seg kritisk til tungvinte regler om dokumentføring og oppbevaring av relevante dokumenter. Denne typen spørsmål er for en stor del avklart med utstasjoneringdirektivets ikrafttredelse, og detaljene går jeg ikke inn på.¹⁹⁵ *Mazzoleni* viser at kravet om nødvendighet også har betydning også ved anvendelse av minstelønn som i utgangspunktet rettferdiggjøres:

”Det kan dog ikke udelukkes, at der kan være omstændigheder, hvorunder anvendelsen af disse bestemmelser hverken vil være nødvendig for eller proporsjonal med formålets oppfyldelse, nemlig beskyttelse af de pågældende arbeidstagere.” (avsnitt 30).

Særlige momenter som talte mot at minstelønn var nødvendig, var den kortvarige utstasjoneringen og at det kanskje var lønnsforskjeller som lå bak utstasjoneringen. Etter skatt og sosiale fordeler var det tvilsomt hvilken fordel belgisk lovgivning ga.¹⁹⁶ Et annet poeng var at vekterselskapet var avhengig av at vaktene ikke lett kunne gjenkjennes, rullering på arbeidssteder var viktig i saken. Dersom domstolen utelukkende hadde vektlagt at lønssatsen var høyere i Belgia og dermed uten videre kunne komme til anvendelse, kunne resultatet vært at de administrative byrdene førte til at selskapet ikke påtok seg oppdrag i Belgia. Det ville verken vært en fordel for arbeidstakerne eller nødvendig sett i forhold til gevinsten belgisk minstelønn representerte. Selv om vurderingstema for proporsjonalitetsvurderingen var svært vidt i *Mazzoleni*, og ga grobunn for spekulasjoner om at domstolen fant det ubegrunnet at vertsstaten gjorde gjeldende minstelønn, har EF-domstolen aldri funnet at en minstelønn med grunnlag i allmenngyldig tariffavtale har vært uproporsjonal. Et særlig spørsmål er hvordan kravet om nødvendighet slår ut dersom vertsstatens lovgiver etter egne vurderinger har funnet at enkelte regler er av stor viktighet,

¹⁹⁴ Forente saker C-49/98 *Finalarte m.fl.*, avsnitt 50.

¹⁹⁵ Jfr. forente saker C-369/96, 376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 61, ”i mangel af et organiseret system, ... som foreskrevet i artikel 4 i direktiv 96/71.”

¹⁹⁶ C-165/98 *Mazzoleni*, avsnitt 10 og 33.

ved å kvalifisere disse som ordre public.¹⁹⁷ Spørsmålet er i dag et stykke på vei avklart, og jeg vender tilbake til dette i punkt. 6.4.3.

Fordi proporsjonalitetsvurderingen forutsetter en individuell vurdering er det liten grunn til å spekulere i hva som kan være proporsjonalt etter de alminnelige prinsipper utenfor de tilfelle domstolen har tatt stilling til like eller tilsvarende regler. Et poeng her er at det heller ikke finnes fast praksis for om EF-domstolen selv foretar vurderingen ved prejudisielle saker eller sender vurderingen tilbake til den foreleggende rett med veiledning om relevante momenter. Det siste er mest konsistent med kompetansefordelingen mellom domstolen og nasjonale domstoler ettersom nasjonal rett nødvendigvis må vurderes.¹⁹⁸ På den annen side er det for nasjonale domstoler lite nyttig å forelegge tolknings spørsmål for EF-domstolen dersom en får spørsmålet omformulert tilbake.

5.5.5 Sammenfatning og betraktninger

Restriksjonsforbudet og dets motstats i læren om rettferdiggjøring av restriksjoner gir vertsstatene fleksibilitet fordi nasjonalt etablerte virkemidler, i alle fall i prinsippet, kan anvendes uavhengig av form og innhold. Det kreves imidlertid at reguleringene er begrunnet i aksepterte allmenne hensyn og gir de utstasjonerte reelle fordeler uten at det begrenser samhandelen unødvendig. En avklaring kom i *Arblade* ved at domstolen i en sak der spørsmålet var reist, bekreftet at vertsstaten kan anvende *minstelønsregler* i allmenngyldige tariffavtaler overfor utstasjonerte arbeidstakere. I etterfølgende saker ble dette bekreftet. Et spørsmål som synes nokså klart, er at henvisninger til normallønn etter mer skjønnsmessige kriterier ikke passerer testen, uavhengig av om dette ga arbeidstakerne reelle fordeler. En viktig begrensning i *Arblade* var at minstelønnen skal være tilstrekkelig presis og tilgjengelig. For reguleringer domstolen ikke har tatt stilling til gir rettspraksis avsagt under traktaten mindre veiledning. Det er liten grunn til å spekulere i hva som ville vært tillatt uten direktivet. På tross av avgjørelsene ikke anvender direktivet, er de avsagt med viten om det. En bemerkning er at alle nasjonale reguleringer som domstolen tok

¹⁹⁷ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 30.

¹⁹⁸ Dette gjelder bare prejudisielle saker etter jfr. EFT. art. 234.

stilling til før direktivets anvendelighet bortsett fra én, hadde sitt rettslige grunnlag enten i lov eller allmenngyldiggjorte tariffavtaler. Andre metoder for lønnsfastsettelse har domstolen aldri vurdert i saker forut for direktivets var anvendelig, og sikre slutninger kan ikke trekkes. Sak *C-493/99 Kommisjonen mot Tyskland*,¹⁹⁹ gjaldt tyske regler som krevde tilsutning til tariffavtale og etableringssted i Tyskland, og disse reglene ble funnet uforenelige med EFT. art. 49.

På tross av stort tilfang av rettspraksis som gjør det mulig å forutse, eller i det minste beregne, om nasjonale reguleringer går klar av læren, oppstiller rettspraksis etter traktaten negative forpliktelser. Dette skaper fleksibilitet, men en fleksibilitet vertsstatene er bedre tjent med enn utstasjonierende virksomheter. Enhver vertsstatsregulering som ennå ikke har blitt avgjort av domstolen forutsetter en individuell prøving med en rekke skjønnsmessige vurderingstema, og i tvilsomme tilfeller kan vertsstatene, dersom det reises innvendinger mot reguleringene, fremholde at både meningen og virkningen er den beste, og hva som er akseptabelt etter EFT art. 49 kan bare domstolen avgjøre. Læren kan danne grunnlag for å anvende tvilsomme bestemmelser fordi de enkelte virksomheter ikke alltid har tid eller ressurser til å avvente en rettslig avklaring. Rettslig forutberegnelighet kan lettere oppnås ved harmonisering eller koordinering av EØS-statenes lovgivning. Dette bringer oss over, eller tilbake til, utstasjoneringsdirektivet.

6 Utstasjoneringsdirektivet og nyere rettspraksis om utstasjonering

6.1 Innledning og problemstillinger

Siden implementeringsfristens utløp i 1999 har utstasjoneringsdirektivet, sammen med traktaten utgjort det rettslige rammeverk for tjenestearbeidsmarkedet i EØS-området.²⁰⁰ Direktivet er et komplisert rettslig instrument med en rekke uklarheter, ikke minst med

¹⁹⁹ Sak C-493/99 *Kommisjonen mot Tyskland* [2001] EFD I-8163.

²⁰⁰ Stensvik 2007, s. 19.

hensyn til hva det skal oppnå og hvordan formålene skal nås. Formålet med direktivet er kort sagt å forene utstasjonerte virksomheters frihet til å tilby tjenester etter EFT. art. 49 med et passende beskyttelsesnivå for utstasjonerte arbeidstakere.²⁰¹ Det sentrale virkemiddel er at direktivet identifiserer en kjerne av ufravikelige minimumsregler i vertsstaten som utenlandske virksomhetene skal overholde. Fordi direktivet også åpner for at andre vilkår *kan* anvendes blir et særlig spørsmål hvordan direktivets regler forholdet seg til de generelle regler gjennomgått ovenfor.

Her vil jeg konsentrere meg om tre velkjente problemstillinger som er sentrale for hvordan og i hvilken grad vertsstater og deres aktører på arbeidsmarkedet *i dag* kan anvende nasjonale reguleringer overfor utstasjonerte virksomheter og deres ansatte:

- Hvilke typer nasjonale reguleringer som kan eller skal anvendes,
- Hvilke metoder eller reguleringsmåter som må anvendes dersom slike reguleringer kan anvendes, og
- Hvorvidt, og i hvilken grad det oppstilles materielle begrensninger for beskyttelsesnivået eller det nærmere innhold i de anvendelige nasjonale reguleringer. Denne problemstillingen retter seg særlig mot hvilket lønnsnivå som kan anvendes.

Problemstillingene er berørt i *Laval*, *Rüffert* og *Luxembourg*, og avgjørelsene er godt egnede til å belyse forholdet mellom direktivets tekniske bestemmelser og de alminnelige utgangspunkter etter EFT art. 49. Fordi direktivet er nokså komplekst og har berøringsflater til annen relevant fellesskapsrett for avhandlingen, vil jeg gi en redegjørelse for direktivets hovedpunkter før problemstillingene drøftes og besvares.

²⁰¹ Fortalens første til tredje og femte betraktning.

6.2 Hovedpunkter om utstasjoneringsdirektivet

6.2.1 Direktivets fremvekst og rettslige grunnlag

Kommisjonen lanserte ideen om sekundærlovgivning i forbindelse med handlingsplanen til det sosiale Charteret i 1989,²⁰² men det første ble reist året etter *Rush*, i 1991.²⁰³

Kommisjonens begrunnelse for initiativet var å fjerne rettslige usikkerhet og hindre for tjenestefriheten ved utstasjonering. Virkemiddelet var å koordinere medlemsstatenes lovgivning ved å etablere at enkelte tvingende kjerneregler i vertsstatens lovgivning skal respekteres også av utstasjonerende virksomheter i vertsstaten.

”The identification of binding provision for minimum protection in force in the host country will counteract the legal uncertainty which surrounds posting, the purpose being to create conditions of fair competition between firms and to meet the needs of workers.”²⁰⁴

Noe av den rettslige usikkerheten kommisjonen bekymret seg for, stammet åpenbart fra *Rush* der domstolen ikke bare tillot anvendelse av vertsstatens reguleringer av minstelønn, men lønn generelt.²⁰⁵ Direktivutkastet møtte politisk motstand blant annet på grunn av unntak for utstasjoneringsperioder under tre måneder, og et nytt forslag med unntak for utstasjonering under én måned ble presentert to år etter.²⁰⁶ Fortsatt var det sterk uenighet i rådet, og et forhandlingspreget direktiv med unntak bare for utstasjonering av under åtte dagers varighet i forbindelse med montering av varer, ble vedtatt i 1996. Mens begge utkastene inneholdt henvisninger til ILO-konvensjon nr. 94 i tiende betraktning i fortalet, gjenfinnes dette ikke i direktivet.

Direktivets rettslige grunnlag er EF-traktaten art. 47(2) og 55. Disse angir at direktiver kan vedtas etter medbestemmelsesprosedyren i art. 251 for,

²⁰² Kohlemainen 2002, s. 150, Evju 2008 a s. 4, COM(89) 568 final.

²⁰³ COM(1991) 230 final.

²⁰⁴ Kommisjonens pressemelding, P/91/38 26. juni 1991, s. 2.

²⁰⁵ Davies 1997, s. 586, SOU 2008: 123 s. 126.

²⁰⁶ COM(1993) 225 final.

”ved samordning af medlemsstaternes love og administrativt fastsatte bestemmelser om adgangen til at optage og udøve erhvervsvirksomhet.”.

Det kan synes underlig at et direktiv som kodifiserer retten til å anvende vertsstatens arbeidsrett, har et slikt rettslig grunnlag. I teorien er det argumentert med at valget av rettslige grunnlag primært skyldes ønsket om å komme inn under reglene om kvalifisert flertall, og ikke enstemmighet i Rådet.²⁰⁷ På den annen side vil et oversiktlig regelverk i sekundærretten styrke virksomhetenes forutberegnelighet, og rettslig forutberegnelighet vil i seg selv lette adgangen til vertsstaten.²⁰⁸ Av det rettslige grunnlag kan vi slutte at direktivet ikke primært omhandler arbeidsrett, men regulerer hvor langt vertsstaten kan anvende egne arbeidsrettslige reguleringer ved utstasjonering.

6.2.2 Anvendelsesområde og hovedregel

Etter art. 1(1) kommer direktivet til anvendelse der virksomheter som i forbindelse med grensekryssende levering av tjenesteytelser utstasjonere deres arbeidstakere på en annet medlemsstats område. Det må altså bestå et ansettelsesforhold mellom den utstasjonerte arbeidstaker og tjenestetilbyderen som er etablert i en annen medlemsstat enn der tjenestene ytes.²⁰⁹ At den utstasjonierende virksomhet og mottakeren av tjenestene må ha hjemsted i ulike stater innebærer at arbeidstakere sendt til andre stater for å yte tjenester for sin hjemlige arbeidsgiver faller utenfor. Eksempler er reiseledere sendt til et av arbeidsgiverens feriested i utlandet, og journalister som er sendt utenlands for å dekke begivenheter for sin hjemlige arbeidsgiver.²¹⁰ Utstasjonering kan etter art. 1(3) skje ved tre ulike former:

- utstasjonering foranlediget av en kontrakt mellom tjenestetilbyderen og mottakeren av tjenestene i en annen EØS-stat,
- utstasjonering innenfor et foretak, konsern eller en gruppe av foretak; og
- utstasjonering ved arbeidsutleie

²⁰⁷ Maier 2000, s. 349 og Davies 1997, s. 572.

²⁰⁸ Biagi 1998, s. 175.

²⁰⁹ Barnard 2006, s. 281.

²¹⁰ Davies 1997 s. 576 og Nielsen 1997, s. 244.

Besetningen i handelsflåten faller utenfor jfr. art. 1(2), og det samme gjelder førstegangs montering av varer dersom utstasjoneringen ikke overstiger åtte dager og det ikke er tale om bygningsarbeid jfr. 3(2). Statene *kan* i tillegg gjøre visse unntak etter art. 3(3-5), men få stater har utnyttet reglene, og jeg lar disse ligge.²¹¹ Utstasjonert arbeidstaker er i art. 2(1) definert som ”enhver arbeidstager, der i en bestemt periode utfører på en anden medlemsstats område, end den hvor arbeidstageren sædvanligvis utfører sit arbejde.”. Arbeidstakerbegrepet defineres etter vertsstatens rett etter art. 2(2), og det er naturlig sett hen til direktivets lovvalgsdimensjon.²¹² Hva som menes med bestemt periode er ikke avklart i EF-domstolens rettspraksis, men i *Arblade* problematiserte ikke domstolen at enkelte arbeidstakere var utstasjonert i over et år.²¹³

Det bærende prinsipp, og hovedregelen i direktivet er at en kjerne av vertsstatens nasjonale bestemmelser *skal* anvendes også for utstasjonerte arbeidstakere som ellers er underlagt etableringsstatens rett, uavhengig av utstasjoneringens varighet.²¹⁴ Muligheten til å anvende vertsstatsregler i *Rush* er dermed gjort obligatorisk for direktivets kjernevilkår. Etter art. 3(1) har EØS-statene en plikt til ”uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet”, å påse at virksomheter som omfattes av direktivet, sikrer arbeidstakerne vertsstatens bestemmelser lov og forskriftsbestemmelser om:

- a) lengste arbeidstid og korteste hviletid,
- b) minste antall feriedager med lønn per år,
- c) minstelønn; herunder overtidsbetaling, dette gjelder ikke for supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger,
- d) vilkår for utleie av arbeidstakere, særlig gjennom vikarbyråer,
- e) helse, sikkerhet og hygiene på arbeidsplassen,
- f) vernetiltak med hensyn til arbeids- og ansettelsesvilkår for gravide kvinner eller kvinner som nylig har født, for barn og for ungdom,

²¹¹ Jfr. COM(2003) 458 final s. 9.

²¹² Stensvik 2007, s. 22.

²¹³ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 20.

²¹⁴ Fortalens 14. og 17. betraktning.

g) likebehandling av kvinner og menn og andre bestemmelser om likebehandling.²¹⁵

Bortsett fra bokstav c om minstelønn, og bokstav d om arbeidsutleie, er de opplistede emnene harmonisert ved minimumsdirektiver.²¹⁶ Hva gjelder minstelønn er det klart at direktivets ikke skal tas helt på ordet. Statene er ikke forpliktet til å innføre minstelønnslovgivning, dermed er det en *kan-regel*. Dersom vertsstaten har slik minstelønnslovgivning *skal* den derimot gjøres gjeldende ved alle utstasjoneringer fra første dag, med unntak av art. 3(2). Den engelske, tyske og svenske språkversjon anvender i motsetning til den danske, minstelønn i flertall, og også art. 3 for øvrig viser at det ikke bare er en lønnsats som faller inn under art. 3(1)(c).²¹⁷ En viktig bestemmelse finner vi i art. 3(1), annet ledd som lyder:

”I forbindelse med dette direktiv defineres begrepet mindsteløn, jfr. stk. 1, litra c), i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbeidstageren er udstationered.”

I tillegg til regler innenfor disse kategoriene *kan* vertsstaten etter art. 3(10), første strekpunkt anvende bestemmelser om andre emner dersom det er tale om ”grundlæggende retsprinsipper (ordre public)”. Hva som menes med dette, kommer jeg tilbake til i punkt 6.4.3. Dersom enkelte lønns- og arbeidsvilkår er gunstigere i hjemstaten har arbeidstakeren fortsatt rett til disse i vertsstaten etter art. 3(7). At ordlyden skal tolkes på denne måten fremgår klart av *Laval* og *Rüffert*, og dette kommer jeg tilbake til.

Direktivet regulerer også hvilke rettslige instrumenter som kan gi innhold til de anvendelige regelkategorier. Lov- eller forskriftsbestemmelser innenfor kjernevilkårene *skal* gjøres gjeldende for alle utstasjonerte uavhengig av bransje. For byggebransjen *skal* også kjernevilkår som er fastsatt ”ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til [art.3] nr. 8”²¹⁸ gjøres gjeldende. Utenfor byggebransjen *kan* slike virkemidler anvendes etter art. 3(10) annet strekpunkt. Dersom en EØS-stat ikke

²¹⁵ Norsk oversettelse, Ot.prp. nr. 13 (1999-2000), s. 38.

²¹⁶ Evju 2008 a, s. 6. Vikarbyrådirektivet ble vedtatt i år, men har ikke trådt i kraft.

²¹⁷ Jfr. Minimum rates of pay, Mindestlohnsätze.

²¹⁸ Jfr. Ot.prp. nr. 13 (1999-00), s. 38.

har systemer for allmenngyldiggjøring av tariffavtaler kan den under visse forutsetninger anvende:

- ”tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som generelt anvendes på alle tilsvarende foretak i det geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring, og/eller
- tariffavtaler som er inngått av de mest representative arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene på nasjonalt plan, og som anvendes på hele det nasjonale territorium..”²¹⁹

I disse alternativene ligger det uløste spørsmål, og det kommer jeg tilbake til i punkt. 6.5. Praktisk viktige bestemmelser om informasjon og sanksjoner finnes i artiklene 4, 5 og 6. Direktivet handler imidlertid mer hvilke rettigheter utstasjonerte arbeidstakere har, enn hvordan disse skal gjøres effektive. Dette er primært statenes oppgave å sikre, og jeg vil ikke behandle disse reglene.²²⁰

6.2.3 Forholdet til anskaffelsesreglene

Ustasjonering har en sammenheng med fellesskapets anskaffelsesregler slik disse fremgår i sekundærlovgiving og de alminnelige traktatfestede prinsipper.²²¹ Sekundærlovgivningen om offentlige anskaffelser har til formål å effektivere og konkretisere traktatens generelle regler om de fire friheter, og særlig å unngå at offentlige myndigheter forfordeler lokale leverandører.²²² Spørsmålet om integrering av arbeidsrett i anskaffelsesreglene ble reist av The European Federation of Building and Woodworkers på slutten av 1980-tallet i forbindelse med liberaliseringen av de fellesskapsrettslige anskaffelsesreglene. Fagforeningen ønsket inntatt sosiale klausuler i et nå opphevet direktiv om offentlige arbeidere, men lyktes ikke.²²³ Dagens sekundærlovgivning, direktivene 2004/18/EF og 2007/17/EF²²⁴ har i likhet med utstasjoneringsdirektivet sitt rettslig grunnlag i

²¹⁹ *Ibid* s. 39.

²²⁰ Davies 1997, s. 575.

²²¹ Barnard 2006, s. 275.

²²² Arnesen, i Sejersted m.fl. 2004, s. 622-623.

²²³ Kohlemainen 2002, s. 149-150.

²²⁴ Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og

tjenestereglene, men også EFT. art. 95 om ”det indre markedes oprettelse og funktion”.²²⁵ At sosiale aspekter har en nokså tilbaketrukket rolle fremgår likevel tydeligst av at leverandørvalget styres av laveste pris, eller hva som etter mer generelle kriterier er mest økonomisk fordelaktig jfr. henholdsvis art. 53(1) og 55(1). Særlig i arbeidsintensive bransjer påvirkes pris i høy grad av kostnader til arbeidskraft.²²⁶

I 34. betraktning i fortalen til direktiv 2004/18/EF, går det frem at direktivet baserer seg på vertsstatsprinsippet så langt arbeidsstatens lovgivning er i overensstemmelse med fellesskapsretten. Dersom den offentlige kontrakt oppfylles ved utstasjonering fremgår videre at utstasjoneringsdirektivet inneholder ”de minstekrav, der skal oppfylles i mottagerlandet overfor de udstationerede arbejdstagere.”. Fortalen henviser også til de grunnleggende ILO-konvensjoner, men altså ikke konvensjon nr. 94.²²⁷ Vilkår i kontraktens oppfyllelsesfase er berørt i art. 26 som åpner for særlige betingelser ”hvis disse er forenelige med fellesskapsretten.”. Bestemmelsen kan sees som en kodifisering av blant annet *Beentjes-saken*,²²⁸ der EF-domstolen aksepterte at en offentlig myndighet stilte krav om at arbeidskraft ble rekruttert blant langtidsledige.

I *Rüffert* hadde domstolen muligheten til å avklare i hvilken utstrekning sosiale kriterier kan innpasses i anskaffelsesreglene. Generaladvokaten bemerket at rådsdirektiv 93/37/EF²²⁹ som i tilfelle ville finne anvendelse i saken ikke regulerte kontraktens utførelsesfase, men la til at:

offentlige bygge- og anleggskontrakter og Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innen for vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester ("forsyningsvirksomhetsdirektivet").

²²⁵ SOU 2006: 28, s. 346.

²²⁶ L.c.

²²⁷ Jfr. COM(2001)566 final s. 16 flg.

²²⁸ Sak C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot den nederlandske stat*, [1988] EFD 4635.

²²⁹ Rådets direktiv 93/37/EØF av 14. juni 1993 om samordning av fremgangsmåtene med hensyn til inngåelse av offentlige bygge- og anleggskontrakter. Direktiv 2004/18/EF fikk ikke anvendelse i saken.

”nævnte direktiv artikel 23 ikke er uden interesse i forbindelse med den foreliggende sag, da den udtrykker den tanke, at udførelsen af kontrakten efter tildelingen af en offentlig kontrakt skal skje i overensstemmelse med bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforholdene på det sted, hvor arbeidet skal udføres.” (avsnitt 59).

Generaladvokat Bots konklusjon var imidlertid at de faktiske omstendigheter måtte løses på bakgrunn av utstasjoneringdirektivet og EFT art. 49 fordi situasjonen falt inn under utstasjoneringdirektivets anvendelsesområde, jfr. avsnitt 60 og 61. Domstolen tok ikke stilling til anskaffelsesreglene, og sementerte dermed oppfatningen om at det er tjenesteregulene som utgjør de rettslige skranker der offentlige myndigheter integrerer arbeidsrett og markedsmakt.²³⁰

6.2.4 Direktivets lovvalgskarakter og den internasjonale privatrett

Hvilket lands rett som finner anvendelse i kontraktsforhold, reguleres i EU av Romakonvensjonen om lovvalg på kontraktsrettens område fra 1980. Konvensjonen kan etter art. 28 kun tiltres av EU-stater, men det antas at vår ulovfestede internasjonale privatrett innholdsmessig svarer til konvensjonens normeringer.²³¹ Forholdet mellom direktivet og de generelle regler i Romakonvensjonen er i utgangspunktet enkelt. Etter direktivets forale tiende betraktning og Romakonvensjonen art. 20 går utstasjoneringdirektivet foran. Direktivet regulerer ikke hvilket lands rett som finner anvendelse på arbeidsforholdet generelt, men identifiserer hvilke vertsstatsreguleringer utstasjonierende arbeidsgivere skal overholde uavhengig av hvilket lands rett som ellers finner anvendelse.

Hovedregelen i Romakonvensjonen art. 3 er at partene selv foretar lovvalget, men for arbeidskontrakter følger det av art. 6(1) at arbeidstakeren ikke kan velge bort tvingende

²³⁰ Slik Graver 2008, s. 4.

²³¹ Gaarder/Lundgaard 2000, s. 254. Justisdepartementets lovavdeling utarbeidet i 1985 et lovutkast bygget over Romakonvensjonen, men arbeidet ble lagt bort, jfr. Jakhelln 2006, s. 713.

regler i det lands lov som finner anvendelse etter art. 6(2).²³² Slike regler kalles gjerne ordre public. Etter art. 6(2)(a) er det landets rett der arbeidstakeren ”habitually carries out his work, ... even if he is temporarily employed in another country”, som kommer til anvendelse. Om det ikke er mulig å finne en stat der arbeidstakeren vanligvis arbeider, er arbeidsgivers etableringsstat avgjørende etter art. 6(2)(b). Romakonvensjonen bygger altså på hjemstatsprinsippet.

Dette kompliseres av art. 7(1) som åpner for at *internasjonalt preseptoriske regler* i et annet lands rett som kontrakten har tilknytning til finner anvendelse “if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract.”. Dermed kan vertsstatens rett under visse omstendigheter anvendes også etter den internasjonale privatrett. Hvilke typer regler det er tale om, er til dels uavklart.²³³ En kommisjonsrapport fra 2003 legger til grunn at utstasjoneringsdirektivet kjernevilkår i art. 3(1)(a-g) er en identifisering av slike regler på fellesskapsnivå.²³⁴ For andre typer regler er rettstilstanden mer usikker. Utgangspunktet etter den internasjonale privatrett er klart nok at nasjonale domstoler avgjør hvorvidt regler i eget rettssystem er internasjonalt preseptoriske, og derfor finner anvendelse uavhengig av hovedregelen etter den internasjonale privatrett.²³⁵ Som vi skal se i punkt 6.4.3 er det ikke gitt at slike regler kan støte an mot EF-domstolens tolkning av direktivet og EFT. art. 49. Det bemerkes for øvrig at Romakonvensjonen avløses av Romforordningen²³⁶ som kommer til anvendelse på kontrakter inngått etter 17. desember 2009. Ordlyden i denne avviker noe fra Roma-

²³² Barnard 2006, s. 285.

²³³ Om internasjonalt preseptoriske regler i den internasjonale arbeidrett se Liukkunen 2004.

²³⁴ COM(2003) 458 final, s. 6.

²³⁵ COM(2002) 654 final, s. 33.

²³⁶ Europa-parlamentets og Rådets forordning nr. 593/2008, av 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktsrettslige forpliktelser (Roma I). Forordningen bør sees i sammenheng med forordning nr. 864/2007, Roma II forordningen for lovvalgsregler utenfor kontrakt, og forordning nr. 44/2001, Brüssel I forordningen. Brüssel I er i norsk rett er gjennomført ved Lov av 1. august 1993 nr. 21, om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker.

konvensjonen med hensyn til arbeidskontrakter, men innholdet er tilsynelatende det samme.

6.3 Kort om problemstillingene og domstolens metode i *Laval*, *Rüffert* og *Luxembourg*

Problemstillingene om hvilke typer regler, som etter hvilke metoder kan anvendes overfor utstasjonerende virksomheter og deres ansatte er aktualisert av disse tre avgjørelsene.

Også spørsmålet om nivåmessige begrensninger har opphav i dommene. Som de sentrale rettskilder for den videre fremstilling, vil jeg kort gjennomgå de sentrale rettsspørsmål i sakene og domstolens metode.

Det viktigste spørsmålet i *Laval* gjaldt rekkevidden av fagforeningers rett til å anvende kollektive kampmidler etter EFT. art. 49 generelt og utstasjoneringsdirektivet spesielt. Tvisten er foranlediget av svenske fagforeningers blokade mot den latviske entreprenør *Laval*, der formålet med blokaden var å fremtvinge tilslutning til svensk tariffavtale. Store deler av dommen befatter seg imidlertid om hvordan Sverige som vertsstat kan utnytte utstasjoneringsdirektivet. Dommen er derfor interessant ut over spørsmålet om forholdet mellom kollektive kampskritt og fri bevegelse.

Rüffert gjaldt foreneligheten av en bestemmelse i anskaffelsesloven til den tyske delstat Niedersachsen som anga at offentlige myndigheter bare kunne inngå byggekontrakter med virksomheter som ved anskaffelseskontrakten påtok seg å avlønne arbeidstakere etter tariffavtalen som gjaldt på arbeidsstedet.

Kommisjonen mot Luxembourg gjaldt rekkevidden av unntaket i art. 3(10) som åpner for å gjøre gjeldende andre vilkår enn de som fremgår av kjernelisten i art. 3(1).

Selv om avgjørelsene omhandler ulike problemstillinger, er det en nær sammenheng mellom dommene ved at alle omhandler utstasjoneringsdirektivets hovedregel i art. 3, og forholdet mellom direktivet og de alminnelige traktatbestemmelser i art. 49 og 50.

Strukturen og metoden i de tre avgjørelser er langt på vei lik. I alle avgjørelsene tar domstolen utgangspunkt i utstasjoneringsdirektivets bestemmelser, for så å sammenholde

direktivets løsninger med hva som følger av EFT. art. 49. Bare i *Laval* var dette strengt tatt nødvendig. Saksøkte i *Rüffert* og *Luxembourg* var henholdsvis en delstat og en stat.

I sak *C-341/02 Kommisjonen mot Tyskland*,²³⁷ gikk domstolen annerledes frem:

”Da det er blevet konstateret, at der foreligger et traktatbrud hvad angår dette direktiv, er det uforholdt at tage stilling til spørgsmålet om tilsidesættelse af artikel 49 EF.” (avsnitt 42).

Som jeg straks kommer til, har dette stor betydning for forholdet mellom primær- og sekundærretten på området.

6.4 Hvilke typer nasjonale reguleringer kan anvendes ved utstasjonering

6.4.1 Problemstillingen

Det naturlige utgangspunkt for hvilke typer lønns- og arbeidsvilkår vertsstaten *kan* anvende overfor utstasjonerte virksomheter, er listen over kjernevilkår som *skal* anvendes etter art. 3(1).²³⁸ Spørsmålet her er *hvilken rettslig betydning* det har at direktivet oppstiller en betegnelse over arten av anvendelige vertstatsregler, og hvilke muligheter som finnes for å regulere tema utenfor kjernevilkårene.

6.4.2 Kjernevilkårene i art. 3(1) og forholdet til læren om rettferdiggjøring

I *Laval* ble spørsmålet om hvilke typer vertstatsreguleringer som kan anvendes, reist i forbindelse med at visse bestemmelser i tariffavtalen Byggnads forsøkte å få Lavals tilslutning til var av en art som ikke gjenfinnes i kjernevilkårene i direktivet art. 3(1)(a-g). Tariffavtalen inneholdt blant annet bestemmelser om visse fondsbidrag og forsikringer i tillegg til at en følge av tilslutning var at det deretter skulle forhandles om lønn.²³⁹ Sverige har i likhet med Danmark verken lovfestet minstelønn eller ordninger for å utstrekke tariffavtaler til ubundne parter. Bortsett fra minstelønn var de øvrige kjernevilkår lovregulert, og faller utenfor her.

²³⁷ Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* [2005] EFD I-2733.

²³⁸ Evju 2008b, s. 7.

²³⁹ Sak C-341/05 *Laval* avnitt 83.

Fagforeningene argumenterte for at også vilkår utenfor kjernevilkårene kunne anvendes ut fra formålet om beskyttelse av arbeidstakerne, altså en individuell vurdering av formålet, fordelene og nødvendigheten av slike vilkår etter EFT. art. 49. Dette var for øvrig også generaladvokatens innfallsvinkel. Hans tilnærming var at kjernevilkårene er regler av så stor viktighet at regler om disse tema uten videre kom til anvendelse, og at andre typer lønns- og arbeidsvilkår måtte vurderes etter traktatens unntakslære.²⁴⁰

Domstolen vurderte det annerledes, og la til grunn at:

”medlemsstaterne [kan] under iagttagelse af traktaten uden forskel pålægge indenlandske virksomheder og andre staters virksomheder arbejds- og ansættelsevilkår på andre områder end, dem der er nævnt i artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra a)-g) *for så vidt der er tale om grundlæggende retsprinsipper (ordre public).*” (avsnitt 82, mine uthevinger).”

Vertsstaten er dermed i utgangspunktet avskåret fra å anvende andre typer regler enn slike som gjenfinnes i art. 3(1), uavhengig av om innenlandske virksomheter er underlagt andre og mer vidtgående reguleringer. Andre regler må i tilfelle være av ordre public-karakter.²⁴¹ Det var imidlertid ikke Sverige, men fagforeningene som forsøkte å fremtvinge slike vilkår. Disse kunne ikke rammes av Sveriges manglende utnyttelse av direktivets, og domstolen vurderer senere i avgjørelsen det samme spørsmål etter EFT. art. 49.²⁴² Ettersom blokaden klart nok vanskeliggjorde Laval's virksomhet, var det en restriksjon.²⁴³ Domstolen benektet ikke at en blokade med det formål om å garantere utstasjonerte et visst nivå i prinsippet var omfattet av formålet om beskyttelse av arbeidstakerne,²⁴⁴ men ikke dersom formålet er å gå utenfor eller ut over kjernevilkårene i art. 3(1):

”Det skal imidlertid bemærkes, at *for så vidt angår de spesifikke forpligtelser*, der er knyttet til tiltrædelsen af den kollektive overenskomst på byggeområdet, som fagforeningerne forsøger at tvinge virksomheder, der har hjemsted i andre medlemsstater, til at tiltræde ved hjælp af kollektive kampskridt som dem, der er iværksat i hovedsagen, kan den hindring, som disse kampskridt medfører, ikke

²⁴⁰ Generaladvokatens innstilling, avsnitt 280 flg.

²⁴¹ Evju 2008 c, s. 12.

²⁴² At EFT. art. 49 kan påberopes mot fagforeninger ble slått fast i sak C-438/05 *Viking*, og stadfestet i *Laval*. Det er viktig, men faller utenfor her.

²⁴³ Sak C-341/05 *Laval* avsnitt 99.

²⁴⁴ *Ibid* avsnitt 107.

begrundes med henvisning til *et sådant formål*. Ud over det, der fremgår af denne doms præmis 81 og 83 er arbejdsgiveren for arbejdstagere, der *er udstationerede som læd i grænseoverskridende levering av tjenesteydelser, nemlig i kraft af den koordinering, der er sket ved direktiv 96/71, forpligtet til at iagttage en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse i værtsmedlemsstaten.*” (avsnitt 108 mine uthevninger).

Dermed var heller ikke tale om noen vurdering av de kollektive kampskritts nødvendighet eller hvorvidt tariffavtalens regler utenfor kjernevilkårene ville gitt de utstasjonerte reelle fordeler, eller tilleggsbeskyttelse. Det som kan utledes av dette, er at regler av en art som tidligere kunne rettferdiggjøres av hensynet til arbeidstakerne etter *Gebhard-* eller *Arblade-* testen, i dag er utrykkelig angitt i direktivet. Med Orlandinis ord:

”It is this directive that establishes what can be imposed on foreign undertakings exercising their freedom to provide services, thus translating the principles protecting this freedom laid down in Article 49 into rules of secondary legislation.”²⁴⁵

Dermed er det ordre public-regler etter art. 3(10) som tematisk kan supplere kjernevilkårene, ikke læren om rettferdiggjøring av restriksjoner.

I *Rüffert* ble det ikke gjort gjeldende regler utenfor kjernelisten i egentlig forstand, men hvilke fremgangsmåter som er anvendelige for å utnytte art. 3(1)(c) om minstelønn. Denne problemstillingen vil behandles grundigere i punkt 6.5.3. Poenget her er at den aktuelle lønnsregel på grunn hvordan den var fastsatt var av en art som falt utenfor bokstav c, og dermed utenfor kjernevilkårene. Av denne grunn var den ikke anvendelig etter art. 3(1)(a-g). I avsnitt 25 og 26 i *Rüffert* legger domstolen til grunn at utstasjoneringsdirektivet art. 3(1) forplikter medlemsstatene til å påse at virksomheter etablert i en annen medlemsstat sikrer sine utstasjonerte arbeidstakere:

”de arbeids- og ansættelsesvilkår, som er fastsat i den medlemsstat, på hvis område arbeidet udføres ... Med henblikk herpå indeholder bestemmelsen en udtømmende opregning af de områder, inden for hvilke medlemsstaterne kan gøre gældende, at de gældende bestemmelser i værtsmedlemsstaten finder anvendelse.”

Kanskje mer overraskende var den rettslige forankringen for tolkningen,

²⁴⁵ Orlandini 2008, s. 582.

”Denne fortolkning af direktiv 96/71 bekræftes, når direktivet sammenholdes med artikel 49 EF, da det har til formål at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, hvilket er en af de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved traktaten.” (avsnitt 36).

I *Luxembourg* gjør domstolen det helt klart at listen over kjernevilkår, men unntak for ordre public-bestemmelsen i art. 3(10), uttømmende oppregner hvilke typer regler vertsstaten kan anvende ut fra formålet om beskyttelse av arbeidstakere,

”Med henblik herpå inneholder bestemmelsen en udtømmende opregning af de områder, inden for hvilke medlemsstaterne kan gøre gældende, at de gældende bestemmelser i værtsmedlemsstaten finder anvendelse”. (avsnitt 26).

Med unntak for regler av ordre public-karakter, er dermed konklusjonen at listen i art. 3 uttrykkelig uttømmende fastsetter hvilke av vertsstatens reguleringer som kan anvendes overfor utenlandske arbeidsgivere og deres utstasjonerte arbeidstakere *både etter direktivet og etter EFT art. 49*. Listen er derfor et maksimum for hvilke typer arbeidsvilkår som kan anvendes, og ikke et minimum av hva som skal anvendes.²⁴⁶

6.4.3 Reguleringer utenfor kjernevilkårene

Følgen av at kjernevilkårene angitt i art. 3(1) bare kan suppleres ved ordre public-regler er at innholdet av dette begrepet av stor viktighet. Etter art. 3(10) første strekpunkt er direktivet:

”ikke til hinder for, at medlemsstatene under iagttagelse af traktaten uden forskel pålægger nationale virksomheder og andre staters virksomheder: - arbejds- og ansættelsesvilkår end dem, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, for så vidt der er tale om grundlæggende retsprinsipper (ordre public)”.²⁴⁷

Bestemmelsen har vært omdiskutert i teorien. En oppfatning i teorien som har god støtte i ordlyden, er at andre og høyere standarder enn hva som anvises i listen over kjernevilkår kan anvendes overfor utstasjonerte virksomheter på linje med hva som gjelder

²⁴⁶ Davies 2008, s. 295.

²⁴⁷ Den engelske språkversjon benytter begrepet, ”public policy”, den tyske, ”öffentliche Ordnung” og den svenske og franske, ”ordre public”.

innenlandske, men da i overensstemmelse med EFT. art. 49 slik den er tolket i rettspraksis.²⁴⁸ Biagi, som stod sentralt i direktivets utforming, la til grunn at bestemmelsen antakelig ville unyttes i stor grad og la til grunn:

”Member States are now almost free without limit to add further items to the already long list of matters identified in Article 3.1 ... the watering down process is not over”.²⁴⁹

I *Laval* ble bestemmelsen berørt i forbindelse med at domstolen presiserte at tariffavtalen tematisk gikk utenfor listen over kjernevilkår, men domstolen gikk ikke inn på begrepets innhold. Fordi forpliktelsene hadde sitt grunnlag i tariffavtale mellom private parter var de forsøkt fremtvunget uten at nasjonale myndigheter hadde handlet på grunnlag av artikkel 3(10).²⁵⁰ Ordlyden ”Medlemsstaterne kan bestemme” var til hinder for at arbeidslivets parter kunne påberope seg hensynet til ordre public for å anvende fremforhandlede reguleringer. Bare offentlige myndigheter kan supplere listen over kjernevilkår etter art. 3(10), ikke fagforeninger og arbeidsgiverforeninger.²⁵¹

Innholdet i direktivets ordre public-begrep har vært, og er til dels fortsatt uklart. Kommisjonen har i en kommisjonsmeddelelse lagt til grunn at det ikke kan settes likhetstegn mellom nasjonale ordre public bestemmelser og de regler som kan anvendes etter art. 3(10). Eksempler i kommisjonsrapporten på regler som etter deres syn ligger innenfor direktivets art.3(10) er slike som foreningsfrihet og retten til kollektive forhandlinger, forbud mot tvangsarbeid, og ”exploitive forms of child labour”. Altså helt grunnleggende regler med solid folkerettslig forankring.²⁵²

I *Arblade*, som ble løst på etter traktaten finner vi enkelte bemerkninger om hvordan domstolen vurderer bestemmelser som etter nasjonal rett er av ordre public karakter. Det

²⁴⁸ Se for eksempel Barnard 2006, s. 283.

²⁴⁹ Biagi 1998, s. 178.

²⁵⁰ C-341/05 *Laval*, avnitt 84.

²⁵¹ Evju 2008 b, s. 8.

²⁵² COM(2003) 458 final, s. 12 flg.

bør bemerkes at innholdet ordre public-begrepet varierer fra stat til stat, etter belgisk rett som var gjenstand for prøving i *Arblade* er all verneavgivning ordre public.²⁵³ Domstolen tok utgangspunkt i fellesskapsrettens forrang, og konstaterte at også ordens- og sikkerhetsforskrifter skal være i overensstemmelse med traktaten. Ifølge domstolen måtte uttrykket forstås som

”at der sigtes til nationale bestemmelser, hvis overholdelse er blevet anset for at være så afgørende for opretholdelsen af den pågældende medlemsstats politiske, sociale og økonomiske struktur, at de kræves overholdt i forhold til enhver person, der befinder sig på denne medlemsstats nationale område, eller i forbindelse med ethvert retsforhold i denne stat.”. (avsnitt 30).

De nasjonale vurderinger som ligger bak at enkelte reguleringer i innhold er ansett så viktig at de er klassifisert som ordre public, vil på den annen side kunne være formål som kan rettferdiggjøre handelshindringer ”på grundlag af undtagelser fra de fællesskabsretlige frihedsrettigheder, der udtrykkeligt er fastsat i traktaten, og eventuelt ud fra tvingende almene hensyn.” (avsnitt 31). I *Arblade* antydte domstolen at regler som i nasjonal rett er ansett som særlig viktige og derfor tvingende, i alle fall eventuelt,²⁵⁴ kan rettferdiggjøres etter *Gebhard-testen* i tillegg til unntaksregelen i EFT. art.46.

I *Luxembourg* fra juni 2008 var saken at en rekke vilkår ble gjort gjeldende som ikke gjenfinnes i listen over kjernevilkår i art. 3(1)(a-g). Luxembourg mente det var tale om ordre public-bestemmelser både etter nasjonal rett og etter direktivet, og at disse derfor var anvendelige også overfor utenlandske tjenesteytere. Det viktigste her var regler om indeksering av lønnsbestemmelser ut over minstelønn. Etter Luxembourgs innebar art. 3(1)(c) om minstelønn forutsetningsvis at vertsstatens lønnssystem som helhet fant anvendelse ved utstasjonering. Det ble klart avvist av domstolen på tross av at det var tale om en ordre public-regel:

”Herom skal bemærkes, at fællesskabslovgiver med bestemmelsen ... har ønsket at begrænse medlemsstaternes beføjelser med hensyn til indgreb på lønområdet til fastsættelse af mindstelønnen.” (avsnitt 47).

²⁵³ Evju 2006, s. 12.

²⁵⁴ Jfr. ”where appropriate” i den engelske versjon.

Det var derimot ikke omtvistet at minstelønnen kunne indekseres uten hensyn til ordre public. Det ligger forutsetningsvis innenfor hva som kan gjøres gjeldende etter art.

3(1)(c).²⁵⁵ Domstolens utgangspunkt var at art. 3(10) er et unntak fra det grunnleggende prinsipp om fri tjenesteutveksling som derfor skal fortolkes strengt og ikke ensidig av medlemsstatene.²⁵⁶ Det er altså et fellesskapsrettslig begrep. Innenfor utstasjoneringsdirektivets rammer må art. 3(10) sees som et unntak:

”fra prinsippet om, at de områder, inden for hvilke værtsmedlemsstaten kan pålægge de virksomheder, som udstationerer arbejdsfolk på dens område, at overholde dens lovgivning, er udtømmende opregnet i direktivets artikel 3, stk. 1, første afsnit. Denne bestemmelse skal derfor tolkes innskærpende.” (avsnitt 31).

Dermed kan ikke enhver bestemmelse som er kvalifisert som ordre public etter nasjonal rett anvendes overfor utenlandske tjenestevirksomheter. Også slike bestemmelser er underlagt fellesskapsrettslige skranker, og sammenhengen til Romakonvensjonen er tilsynelatende nokså indirekte. Det er ingen henvisninger til Romakonvensjonen art. 7 i *Luxembourg*.²⁵⁷ Konsekvensen at dette var at Luxembourg, dersom deres lovregler som lå utenfor kjernelisten, skulle anvendes måtte ha fremlagt

”en analyse af egnedheden og forholdsmæssigheden af den restriktive foranstaltning, som den har truffet, og forelægge præcise oplysninger, der kan underbygge dens argumentation..” (avsnitt 51).

Fordi Luxembourg ikke hadde fremlagt slike opplysninger, var det ikke mulig for domstolen å vurdere om vilkårene som ble stilt virkelig var nødvendige og forholdsmessige. Av den grunn var det heller ikke godtgjort at de omtvistede bestemmelser i Luxembourgsk lovgivning var ordre public bestemmelser i den forstand som bestemmelsen skal forstås etter art. 3 (10).²⁵⁸ Hvilke typer bestemmelser som eventuelt *kan* omfattes av unntaket går domstolen ikke inn på, men i avsnitt 50 går det frem at hensynet

²⁵⁵ Sak C-319/06 *Luxembourg*, avsnitt 45.

²⁵⁶ *Ibid* avsnitt 30.

²⁵⁷ Sjödin 2008, s. 65.

²⁵⁸ C-319/06 *Luxembourg*, avsnitt 54.

til ordre public eller den offentlige orden bare kan påberopes ”når der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mot et grundlæggende samfundshensyn.”. At de aktuelle regler gir de utstasjonerte reell og nødvendig tilleggsbeskyttelse, synes ikke tilstrekkelig.

Uten at det går særlig klart frem er det verdt å merke seg at den unntakslære domstolen anviser i *Luxembourg* ikke er den domstolsskapte lære om tvingende allmenne hensyn jeg så på i punkt 5.5. Avgjørelsene domstolen viser til gjelder de traktatfestede unntaksregler som også kan unnta diskriminerende virkemidler. Etter ordlyden har det en viss støtte i den engelske språkversjon som taler om ”public policy” både i direktivet og etter den traktatfestede unntaksregel i EFT. art. 46. På den annen side synes det ubegrunnet at unntaksregelen skal tolkes så snevert all den tid ordlyden presiserer at heller ikke ordre public-regler kan anvendes diskriminerende. Dette, etter min mening, noe skjulte poeng klargjør at det ikke primært er et beviskrav vi står overfor, men en unntaksbestemmelse så snever at det bør anses nærmest som en sikkerhetsventil. En av avgjørelsene det vises til er *Omega*.²⁵⁹ Dette er den eneste sak som har passert nåløyet i den traktatfestede unntaksregel på tjenesteområdet i EFT. art. 46.²⁶⁰ En annen sak det vises til er *C-245/05 Kommisjonen mot Belgia*.²⁶¹ Denne gjelder rettferdiggjøringsbestemmelsen i EF-traktaten art. 30 for varefriheten. Det kan spørres om fellesskapslovgiver virkelig ønsket å trekke like skarpe rammer for reguleringer utenfor kjernelisten ved utstasjonering, som hva som gjelder også for diskriminerende reguleringer.

Om domstolens løsning i *Luxembourg* synes vel streng i forhold til mer systemrettede betraktninger om ulikheter mellom ikke-diskriminerende og diskriminerende reguleringer, har den god støtte i en mer kontroversiell rettskilde. Domstolen henviste i *Luxembourg* til Rådets og Kommisjonens erklæring nr. 10. Erklæringen er vanskelig tilgjengelig i fulltekst

²⁵⁹ Sak C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] EFD I-9609, avsnitt 28 og 40. Saken gjaldt for øvrig et meget sensitivt verdispørsmål, om lovligheten av laserlek der hensikten var å ”skyte” konkurrentene.

²⁶⁰ Sjödin 2008, s. 62.

²⁶¹ Sak C-245/05 *Kommisjonen mot Belgia*, [2007] EFD I-4269.

og Europaparlamentet, som en av lovgiverne bak direktivet, har kritisert at domstolen legger vekt på en slik rettskilde.²⁶² Biagi, som fryktet at art. 3(10) skulle utvane den ellers uttømmende listen over kjernevilkår, ønsket tilsynelatende at erklæringens synspunkter burde kommet til uttrykk i ordlyden, men erkjente like fullt at slike ”statements for the official minutes do not have a binding effect.”²⁶³ Utdraget fra kilden er imidlertid gjengitt i en kommisjonsmeddelse fra 2003.²⁶⁴

Domstolens tolkning av art. 3(10) innebærer dermed at mulighetene for å utvide kjernelisten ved ordre public bør anses som en sikkerhetsventil.²⁶⁵ Unntaket for ordre public vil etter *Luxembourg* tilsynelatende være svært vanskelig å utnytte, og foranlediger svært treffsikre tiltak.

6.4.4 Sammenfatning og betraktninger

Laval, *Rüffert* og *Luxembourg* viser at fellesskapslovgivers koordinering av hvilke typer regler vertsstatsvilkår som skal anvendes i utstasjoneringsdirektivet art. 3(1)(a-g) bortsett fra unntaket i art. 3(10) innebærer at andre typer vilkår ikke kan anvendes. At listen i art. 3(1) uttømmende angir hvilke vilkår som kan anvendes også etter traktaten, innebærer at det ikke lenger skal foretas noen individuell vurdering av hvilke regler som kan anvendes fra sak til sak. Hensynet til arbeidstakerbeskyttelse er tilstrekkelig varetatt ved at kjernevilkår skal anvendes.²⁶⁶ Det eneste unntaket er det svært snevre unntaket i art. 3(10).

Et rettskildemessig poeng er at domstolen her legger seg nært opp til Kommisjonens tolkning. I rapporten fra 2003 legges det til grunn:

²⁶² Sjödin 2008, s. 65.

²⁶³ Biagi 1998, s. 178.

²⁶⁴ COM(2003) 458 final, s. 13 og 14.

²⁶⁵ Evju, 2006 s. 13,

²⁶⁶ Litt avvikende Schlachter og Fischinger 2008, van Peijpe i Rönmar 2008 og Lovavdelingens brev til Tariffnemnda 5. september 2008.

”As regards the matters covered, the Directive lays down a catalogue of mandatory rules (listed in Article 3) applicable to posted workers, *to which Member States may add only public policy provisions in the international context.*”²⁶⁷

Viking-saken illustrerer betydningen av listen over kjernevilkår i art. 3(1). Under etableringsfriheten finnes ikke sekundærlovgivning tilsvarende utstasjoneringdirektivet. De samme dommere som satt i *Laval* uttalte i *Viking* at boikotten av skipet Rosella var en restriksjon, men en restriksjon som:

”i princippet [kan] begrundes med henvisning til et tvingende alment hensyn, så som hensynet til beskyttelse af arbejdstagere, på den betingelse, at det godtgøres, at de er egnede til at sikre gennemførelsen af de pågældende mål, og at de ikke går videre end, hva der er nødvendig for at nå det.” (avsnitt 90).

Her var det avgjørende nettopp en individuell vurdering av om kampskrittene var nødvendige for at fagforeningens medlemmer skulle beholde jobben eller unngå dårligere arbeidsvilkår. Saken er senere forlikt, utslaget av domstolens tolkningsmomenter får vi ikke se. Den samme tilnærming ser i *Wolff & Müller*, løst på bakgrunn av utstasjoneringdirektivet og EFT art. 49. Spørsmålet der var ikke hvilke tyske arbeidsvilkår som fant anvendelse ved utstasjonering, men hvordan minstelønn etter art. 3(1)(c) skulle håndheves. Direktivets art. 5 har ingen koordinerende liste om sanksjoner tilsvarende art. 3(1), men lar medlemsstatene treffe ”passende foranstaltninger”. Stilt overfor bestemmelsen la domstolen til grunn:

”Det fremgår af ordlyden af artikel 5 i direktiv 96/71, at medlemsstaterne er tillagt et vidt skøn med henblik på fastsættelsen af form og regler for egnede procedurer som omhandlet i denne bestemmelses stk. 2. Medlemsstaterne skal imidlertid ved udøvelsen af dette skøn til enhver tid overholde de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten...” (avsnitt 30).

Deretter gikk den over til en individuell prøving etter mønsteret i rettspraksis avsagt etter EFT. art. 49.²⁶⁸ Domstolen mente for øvrig solidaransvar ved at arbeidstakeren fikk en ekstra debitor for sitt lønnskrav, var et egnet og nødvendig virkemiddel for å beskytte

²⁶⁷ Com(2003) 458 final, s. 11 (mine uthevinger).

²⁶⁸ Sak C-60/03 *Wolff & Müller*, avsnitt 31-45.

utstasjonerte arbeidstakere, noe det var opp til nasjonale domstoler å bekrefte.²⁶⁹ I mangel av koordinering står vertsstatene dermed friere ved håndhevelse av, enn ved utvelgelsen av hvilke typer regler som skal anvendes overfor utstasjonerte på linje med innenlandske.

Det eneste unntak er art. 3(10). Dersom bestemmelsen med suksess skal påberopes forutsettes svært treffsikre tiltak av stor viktighet. Sett i sammenheng med kjernevilkårene som den alminnelige proporsjonalitetsgrense blir art.3(10) en sikkerhetsventil, mer enn noen god mulighet for å anvende andre typer reguleringer enn de som gjenfinnes i art.3(1)(a-g). Sjödin formulerer konklusjonen godt:

”there is no need to determine whether or not the measure confers any additional protection to the workers in question. The Community has cared for the posted workers. Their interests have been supplied for by the PWD.”²⁷⁰

6.5 Virkemidler for anvendelse av vertsstatsreguleringer

6.5.1 Problemstillingen

Som skissert ovenfor er rett fremgangsmåte en forutsetning dersom vertsstaten skal anvende egne reguleringer innenfor kjernevilkårene i art. 3(1) overfor utstasjonierende virksomheter.²⁷¹ Etter art. 3(1) kan nasjonale reguleringer om tema innenfor kjernelisten fastsettes ved ”lov eller administrative bestemmelser, og/eller kollektive avtaler eller voldgiftskendelser,²⁷² der finder generel anvendelse, jfr. stk. 8”. Dersom vertsstaten vil at kjernereglens innhold skal baseres på tariffavtaler, stiller dette visse forutsetninger med hensyn til tariffavtalene som gjøres gjeldende.

Spørsmålet jeg skal se på her, er hvilke muligheter og begrensninger som ligger i utstasjoneringsdirektivets alternativer til lov/forskrift.

²⁶⁹ Sak C-60/03 *Wolff & Mülle.*, avsnitt 39 og 40.

²⁷⁰ Sjödin 2008, s. 88.

²⁷¹ Evju 2008 b, s. 10.

²⁷² I det følgende vil jeg utelate begrepet voldgiftskjennelser, materielt har det ingen betydning, jfr. Evju 2008 a, s. 8.

6.5.2 Direktivets virkemidler og deres rekkevidde

Utgangspunktet i direktivet er enkelt, lov- eller forskriftsregulering på områder innenfor kjernevilkårene *skal* som nevnt anvendes fra første dag i alle bransjer jfr. art. 3(1).

Fordi lønn primært fastlegges ved kollektive forhandlinger som munner ut i tariffavtaler,²⁷³ er det få stater som kun gjør gjeldende lovens minimumsvilkår ved utstasjonering.

Direktivet definerer i art. 3(8) tre ulike kategorier av tariffavtaler som alle gir grunnlag for å forplikte utstasjonierende virksomheter.

Art. 3(8) første ledd gjelder tariffavtaler som er erklært allment gyldige. I den engelske språkversjon tales det om ”collective agreements which must be observed by all undertakings in the geographical area and in the profession or industry concerned.”.

Dette er tariffavtaler som er gjort rettslig bindende som minstevilkår for alle arbeidsgivere og arbeidstakere innenfor det geografiske og/eller yrkesmessige område tariffavtalen er inngått for.²⁷⁴ Formuleringen bør sees som en oppmykning av kommisjonens opprinnelige utkast:²⁷⁵

”collective agreements having an erga omnes effect and/or being made legally binding in the occupation or industry concerned”.²⁷⁶

En rekke EU-stater har ordninger for allmenngyldiggjøring av tariffavtaler, men betingelsene som skal være tilstede og formålet som skal oppnås ved dette spriker fra stat til stat.²⁷⁷ Det som er felles er kort sagt det som fremgår i direktivet, tariffavtaler opphøyes til en bindende minstenorm for alle arbeidsgivere og arbeidstakere på området den dekker.

²⁷³ COM(2003) 458 final, s. 9

²⁷⁴ SOU 2008: 123, s. 190.

²⁷⁵ Davies 1997, s. 580.

²⁷⁶ COM(1991) 230 final.

²⁷⁷ SOU 2008: 123, s. 190 flg., som likevel påpeker at den norske ordningen med allmenngjøring etter allmenngjøringsloven utskiller seg ved formålet om å sikre utenlandske arbeidstakere likeverdige lønns- og arbeidsvilkår som norske arbeidstakere har, jfr. allmenngjøringsloven § 1-1. Om allmenngjøring i Europa, se også Lismoen og Stokke 2005.

På denne måten sikres likebehandling ved at alle virksomheter innenfor tariffavtalens virkeområde, også de innenlandske *i alle fall* må tilby det allmenngyldige nivå. Det er klart at direktivet ikke forplikter EØS-statene til å opprette ordninger med allmenngyldiggjorte eller generelt gjeldende tariffavtaler. Det er heller ingen plikt til å treffe vedtak om å anvende ordninger som måtte finnes.²⁷⁸ Om det derimot foreligger relevante allmenngyldige eller generelt tariffavtaler *skal* disse være normerende i byggebransjen etter art. 3 (1), og *kan* også gjøres bestemmende i andre bransjer ”under iagttagelse af traktaten uden forskel”, jfr. art. 3(10) annet strekpunkt. Selv om en rekke medlemsstater har utnyttet muligheten til å anvende allmenngyldige tariffavtaler i andre bransjer enn byggebransjen,²⁷⁹ er fortsatt utgangspunktet et tosporet system der byggebransjen reguleres av allmenngyldiggjorte tariffavtaler, mens andre bransjer reguleres av lovgivning og lovfestet minstelønn der slik finnes.²⁸⁰

Enkelte stater har ikke ordninger som gjøre tariffavtaler bindende for andre enn partene. Derfor oppstiller art. 3(8) annet ledd to alternative reguleringsmåter som medlemsstatene kan beslutte å legge til grunn:

- ”- collective agreements which are generally applicable to all similar undertakings in the geographical area and in the profession concerned, and/or
- collective agreements which have been concluded by the most representative employers’ and labour organizations at national level and which are applied throughout national territory..”²⁸¹

Fordi slike tariffavtaler ikke binder alle på samme måte som allmenngyldige tariffavtaler forutsetter art. 3(8) at slike tariffavtaler skal sikre likebehandling. Ingen stater har til nå utnyttet mulighetene i annet ledd,²⁸² men både den svenske og danske tilpasning etter

²⁷⁸ Evju 2008 a, s. 7 som henviser til en ”rådsnote”, Statement 227/96 art. 3.

²⁷⁹ COM(2003) 458 final, s. 9.

²⁸⁰ I pressemeldingen Stat/07/85 går det frem at 20 av 27 EU-land har lovfestet minstelønn, Østerrike innfører det 1. januar 2009.

²⁸¹ Ordningene er søkt tilpasset henholdsvis det danske og svenske, og det italienske arbeidsmarked, jfr. SOU 1998: 52, s. 85.

²⁸² COM(2003) 458 final, s. 12.

Laval legger opp til en utnyttelse av alternativene.²⁸³ Hvordan disse tariffavtalene kan utnyttes er uklart, men er noe på vei blitt avklart med avgjørelsene i *Laval* og *Rüffert*. Jeg kommer tilbake til disse alternativene 6.5.4.

Vanskeligheter oppstår dermed først og fremst der utenlandske virksomheter blir pålagt forpliktelser i vertsstaten, i eller utenfor kjernelisten, som ikke har grunnlag i allmenngyldiggjorte tariffavtaler eller lov. Dette er i hovedsak den rettslige bakgrunnen for *Laval* og i *Rüffert*, som er de eneste avgjørelser der domstolen har vurdert direktivets fremgangsmåter for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår.

6.5.3 Rettspraksis om metoder for anvendelse av vertstatsreguleringer

I *Laval* var som vi har sett alle kjernevilkår i art. 3(1) lovregulert bortsett fra minstelønn. Det var ubestridt at den aktuelle tariffavtalen ikke var erklært allmenngyldig, og at Sverige ikke hadde benyttet muligheten til å legge generelt gjeldende tariffavtaler til grunn jfr. avsnitt 67. Med hensyn til lønnsfastsettelse var ingen av direktivets virkemidler benyttet. Domstolen la til grunn at dette ikke nødvendigvis var til hinder for at andre metoder for fastsettelse av lønns og arbeidsvilkår kunne anvende:

”da direktiv 96/71 ikke har til formål at harmonisere ordningene med henblikk på fastsettelse af arbejds- og ansættelsesvilkårene i medlemsstaterne, står det dem frit for på nationalt plan at vælge en ordning, der ikke er udtrykkeligt nævnt blandt de ordninger der er opregnet i direktivet forudsat, at den ikke hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne.” (avsnitt 68).

Holdt opp mot utstasjoneringsdirektivet fant domstolen derimot at lønnsforpliktelsene som fagforeningene påla *Laval*, for det første ikke var uttrykk for noen minstelønn, og for det andre at lønnsforpliktelsene ikke var ”fastsat i overensstemmelse med de fremgangsmåder, der er fastsat i denne henseende i direktivets artikel 3, stk. 1 og 8.” (avsnitt 70).

Konklusjonen var at Sverige:

”ikke har ret til i medfør af dette direktiv at kræve, at virksomheder, der har hjemsted i andre medlemsstater ... skal forhandle fra sag til sag på arbejdspladsen

²⁸³ SOU 2008:123, Beskæftigelsesministeriets *Laval*-udredning av 19. juni 2008.

under hesnyn til arbeidstagernes kvalifikasjoner og arbeidsoppgaver, for at få klarhet over den løn, som de skal betale deres udstationerede arbeidstagere.” (min kursivering, avsnitt 71).

Fordi direktivet ikke har direkte virkning overfor fagforeningene som private parter i saken, men kanskje også fordi avsnitt 68 antyder en annen løsning utenfor direktivet, gikk domstolen over til en vurdering av den svenske fremgangsmåte for lønnsfastsettelse ved trusler og anvendelse av kollektive kampmidler etter EFT art. 49. Ettersom utstasjonierende virksomheter gjennom kollektive kampskritt kunne bli tvunget til tidsubegrensede lønnsforhandlinger med ukjent resultat, ble blokaden og forhandlingene som virkemiddel ansett som en restriksjon etter EFT. art. 49.²⁸⁴

Fordi tariffavtalen derunder kravet om lønnsforhandlinger, inngikk i en nasjonal kontekst med lønnsforhandlinger karakterisert av mangel på forutberegnelighet, kunne blokaden heller ikke begrunnes i hensynet til arbeidstakerne, jfr. avsnitt 110:

”Kollektive kampskritt som dem, der er genstand for hovedsagen, kan imidlertid ikke begrundes med henvisning til det tvingende almene hensyn, der er nævnt i denne doms præmis 102 [blant annet beskyttelse av arbeidstakere] når den lønforhandling, som de kollektive kampskritt har til formål at gennemføre i forhold til en virksomhed, der har hjemsted i en anden medlemsstat inngår i en national kontekst, der er kendetegnet ved, at der ikke findes bestemmelser af nogen som helst art, der er tilstrækkeligt præcise og tilgængelige til, at det i praksis gøres umuligt eller urimeligt vanskeligt for en sådan virksomhed at få klarhed over, hvilke forpligtelser den skal overholde med hesnyn til mindstelønnen (jfr. i denne retning dommen i sagen *Arblade* m.fl., præmis 43)”. (avsnitt 110).

Hovedinnvendingen var altså at blokaden og lønnsforhandlingen den tilstrebet ikke tilfredsstilte det *klarhetskravet* som ligger i art. 49. Kravet til transparens, klarhet eller forutberegnelighet er konkretisert og understreket i direktivets art. 4(3), og et slikt krav oppfylles enklere ved minstelønnslovgivning eller allmenngyldiggjorte eller generelt gjeldende tariffavtaler. Om en skal trekke noen konklusjon på bakgrunn av *Laval* på dette punkt, må det være at domstolen legger til grunn at anvendelse av utstasjoneringsdirektivets reguleringsmåter også er i overensstemmelse med EFT art. 49.²⁸⁵

²⁸⁴ C-341/05 *Laval*, avsnitt 99 og 100.

²⁸⁵ SOU 2008: 123, s. 247.

Disse virkemidlene sikrer nettopp det som domstolen var mest kritisk til ved den svenske ordning, forutberegnelighet.²⁸⁶

Laval etterlater to spørsmål som er vel så viktig som konklusjonen. For det første er det ikke lett å se hva som står igjen av det siterte avsnitt 68 om at også andre virkemidler enn de direktivet anviser kan benyttes. Avgjørelsen sett under ett etterlater lite rom for alternativer til lov/forskrift eller direktivets tariffavtaler for fastsettelse av kjernevilkårenes innhold. Et annet spørsmål er hvordan direktivets sekundære reguleringsmåter i art. 3(8) annet ledd er å forstå. Dette gikk domstolen ikke inn på i *Laval*, men det er verdt å merke seg at domstolen ved flere anledninger påpekte at Sverige ikke hadde benyttet muligheten til å gjøre den aktuelle tariffavtalen generelt gjeldende etter art. 3(8) annet ledd. Dermed er det naturlig å spørre seg om den aktuelle tariffavtalen, dersom den hadde angitt en klar og minstelønnsats som ga virksomhetene forutberegnelighet eller transparens, kunne legges til grunn. Her finnes ingen veiledning, men det domstolen uttalte om art. 3(8) annet ledd var at det ligger en mulighet i bestemmelsen, og at

”det følger av ordlyden af denne bestemmelse, at anvendelsen af denne sistnævnte mulighed forudsætter, ... at medlemsstaten *træffer bestemmelse herom*” (avsnitt 66).

Dette er vesentlig, og jeg kommer tilbake til det nedenfor.

Det første spørsmålet, hvilket rom det er for andre virkemidler enn de direktivet oppstiller, ble til dels avklart i *Rüffert*. I den saken var det ikke manglende klarhet med hensyn til hvilke lønnsforpliktelser som var problematisk. Problemet var § 3(1) i anskaffelsesloven i delstaten Niedersachsen. Bestemmelsen forpliktet virksomheter som oppfylte offentlige byggekontrakter ved anskaffelseskontrakten å betale sine enge ansatte, og sikre underentreprenørers ansatte en minstelønnsats angitt en lokal tariffavtale for offentlig byggevirksomhet. En polsk underentreprenør lønnet sine ansatte under den tariffavtalte lokale minstelønn, og Niedersachsen hevet deretter kontrakten. Hovedentreprenøren gikk konkurs, og ved oppgjøret mente bobestyrer at delstatsloven stred mot EFT. art. 49, noe

²⁸⁶ Graver 2008, s. 4.

som foranlediget et prejudisielt spørsmål til EF-domstolen.²⁸⁷ Avgjørelsen er av særlig interesse fordi delstatsloven *i innhold* svarer til ILO-konvensjon nr. 94 art. 2.

Tyskland har imidlertid ikke ratifisert konvensjonen, og den ble ikke berørt i avgjørelsen.

Ved løsningen av spørsmålet trakk domstolen inn utstasjoneringsdirektivet, og tok utgangspunkt i de reguleringsmåter som er angitt i art. 3(1) jfr. 3(8).²⁸⁸ Den bygde altså *ikke* videre på de eventuelle alternative metodene domstolen åpnet for i avsnitt 68 i *Laval*. Fordi delstatsloven ikke selv anga noen lønnsats, kunne det ikke være tale om en lovbestemt minstelønn etter art. 3(1)(c). Tariffavtalen delstatsloven henviste til var heller ikke allmenngyldiggjort etter den tyske forbundsloven om utstasjonering AEntG.²⁸⁹ En løsning kunne vært å likevel innpasse delstatsloven i art. 3(1) jfr. 3(8) første ledd, men det gjorde ikke domstolen.²⁹⁰

Av direktivets virkemidler for anvendelse av tariffavtaler gjenstod alternativene i art. 3(8) annet ledd. Ettersom ordlyden i art. 3 (8) annet ledd, uttrykkelig forbeholder muligheten til å legge generelt gjeldende tariffavtaler til grunn ”Hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler finder generell anvendelse” var heller ikke dette alternativet anvendelig i Rüffert.²⁹¹ Tyskland har nettopp hatt en mulighet til å allmenngyldiggjøre tariffavtaler ved AEntG siden vedtakelsen av direktivet i 1996.

På tross av at AEntG utelukket anvendelse av generelt gjeldende tariffavtaler etter art. 3(8) annet ledd, gikk domstolen videre og la til grunn at tariffavtalen delstatsloven viste til, uavhengig av muligheten for allmenngyldiggjøring ved AEntG, ikke kunne anses som en

²⁸⁷ SOU 2008: 123, s. 177.

²⁸⁸ Sak C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 21-23.

²⁸⁹ I Tyskland tilligger lovgivningskompetansen delstatene på anskaffelsesområdet, og på forbundsnivå for arbeidsretten jfr. Nielsen 2008 a, s. 62.

²⁹⁰ Sak C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 26.

²⁹¹ *Ibid.*, avsnitt 27.

tariffavtale etter art. 3(8) verken etter andre ledd første eller annet strekpunkt, men særlig ikke:

”a collective agreement, as mentioned in the first indent to that provision, ‘generally applicable to all similar undertakings in the geographical area and in the profession or industry concerned’ (avsnitt 28).

Grunnen var at tariffavtalens bindende effekt for det første kun dekket en del av byggesektoren i det geografiske område tariffavtalen omfattet. Den bindende virkning gjaldt bare offentlige, og ikke private kontrakter. For det annet igjen fordi tariffavtalen ikke hadde blitt erklært allmenngyldig.²⁹² En delkonklusjon i *Rüffert* var derfor at det ikke fastsatt noen minstelønn etter de reguleringsmåter som finnes i art. 3(1) jfr. 3(8):

”følgelig kan en sådan lønsats ikke betragtes som en mindsteløn i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra c.” (avsnitt 31).

Av avsnitt 31 kan en motsetningsvis slutte at direktivets minstelønn er en lønnsats som fremgår gjennom anvendelse av en av direktivets mekanismer. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.6.

På tross av at saksøkte i *Rüffert* var delstaten gikk domstolen som i *Laval*, over til å vurdere hvorvidt den tariffavtalte minstelønnsats som delstatsloven viste til kunne anvendes etter EFT art. 49. Den unnlot imidlertid også her å bygge videre på antydningen i *Laval* avsnitt 68 om en alternativ reguleringsmåte etter traktaten. Ettersom minstelønnsatsen kunne pålegge tjenesteytere fra medlemsstater som hadde en lavere minstelønn, en økonomisk omkostning som kunne være gjøre det mindre tiltrekkende å yte tjenester, var delstatsloven en restriksjon. I motsetning til hva Niedersachsen og flere regjeringer gjorde gjeldende, fant domstolen at delstatsloven ikke kunne rettferdiggjøres etter hensyn til beskyttelse av arbeidstakerne.²⁹³ Domstolen kunne nemlig ikke se at den lokale minstelønn som oversteg den allmenngyldige minstelønn ved AEntG:

²⁹² Sak C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 29.

²⁹³ *Ibid.*, avsnitt 37 og 38.

”kun er nødvendig for en arbeidstager beskäftiget i byggesektoren, når vedkommende er ansat i forbindelse med en byggeleverance til det offentlige, og ikke, når arbeidstageren arbejder i forbindelse med en privat kontrakt.” (avsnitt 40).

Under saken ble det prosedert nettopp på en slik grunn, ILO-konvensjon nr. 94.²⁹⁴ Formålet med konvensjonen er nettopp det domstolen avviser er et tvingende allment hensyn, at arbeidstakere sysselsatt i offentlige byggekontrakter skal avlønnes etter stedlig gjeldende tarifflønn, og ikke minstelønn som uansett gjelder alle. Det er bemerkelsesverdig at domstolen ikke nevnte konvensjonen, og det passer som Sjödin bemerker dårlig med den ”eldre” lære der det avgjørende gjerne var om virkemiddelet ga en reell og proporsjonal fordel.²⁹⁵ Noen fordelsvurdering av delstatsloven ser vi ikke i Rüffert, selv om lønnen forutsetningsvis fremgikk klart. Resultatet er uheldig sett fra tysk konkurransemessig perspektiv. Omvendt diskriminering aksepteres i fellesskapsretten, og særlig i arbeidsintensive bransjer som byggebransjen kan det være vanskelig for innenlandske virksomheter å nå opp i anbudskonkurranser med utenlandske som kan operere under andre lønnsbetingelser. En interessant betraktning i *Rüffert* som domstolen forankret i utstasjoneringdirektivets rettslige grunnlag i tjenestereglene, er at domstolen i forhold til anvendelse av minstelønn la til grunn generaladvokatens løsning i *Seco*, nemlig at lønnskostnader i dag er et legitimt konkurransefortrinn i det indre marked.²⁹⁶ At direktivet som i utgangspunktet bygger på det alminnelige territorialprinsipp i internasjonal arbeidsrett har en slik virkning er bemerkelsesverdig.²⁹⁷

Konklusjonen synes dermed å være at direktivet ikke bare har totalharmonisert hvilke vilkår som kan anvendes, men også hvordan disse vilkårene kan reguleres. Dette innebærer at de tematiske begrensningene i listen over kjernevilkår, sett i sammenheng med direktivets virkemidler for å gjøre nasjonale kjernevilkår gjeldende utgjør en helhetlig

²⁹⁴ Evju 2008c, s. 16.

²⁹⁵ Sjödin 2008 s. 82.

²⁹⁶ Ibid, s. 38.

²⁹⁷ Internasjonalt gjerne *lex loci laboris*.

rettslig ramme for vertsstatenes muligheter for å regulere utstasjonering, både for hvilke vilkår de kan pålegge utenlandske tjenesteytere, og hvordan dette kan skje.²⁹⁸

Dette er problematisk i forhold til ILO-konvensjon nr. 94, som i tilfelle må innpasses i utstasjoneringsdirektivets virkemidler i de ratifiserende stater. Betydningen av *Rüffert* for praktiseringen av ILO-konvensjon nr. 94 er kommer jeg tilbake til i del IV.

6.5.4 Særlig om tariffavtaler som gjelder generelt

I direktivets art. 3(8) annet ledd ligger flere uavklarte spørsmål, men mulighetene som finnes ble i noen grad belyst i *Laval* og *Rüffert*.

Første strekpunkt retter seg mot tariffavtalenes dekningsgrad, jfr. ”tariffavtaler som generelt anvendes på alle tilsvarende foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring”.²⁹⁹ Annet strekpunkt retter seg mot tariffavtalens parters representativitet eller dominans på det *nasjonale* arbeidsmarked, jfr. ”tariffavtaler inngått av de mest representative organisasjoner på nasjonalt plan, og som anvendes på hele det nasjonale territorium.”³⁰⁰ Det er antakelig ikke grunn til å overdrive skillet mellom de to alternative fremgangsmåtene etter første og annet strekpunkt. Som ordlydens ”og/eller” antyder, kan alternativene kombineres. Det er imidlertid verdt å merke seg at siste alternativ gjelder landsomfattende tariffavtaler, mens det første åpner for stedlige tariffavtaler.

Bakgrunnen for alternativene er at enkelte stater ikke har ordninger for allmenngyldiggjøring, og heller ikke ønsker det.³⁰¹ Både Sveriges og Danmarks respons på *Laval* legger opp til løsninger basert på art. 3(8) annet ledd.³⁰²

²⁹⁸ Graver 2008, s. 4.

²⁹⁹ Evju 2008a, s. 8

³⁰⁰ L.c.

³⁰¹ Av EU-15 har heller ikke Storbritannia slike ordninger, men anvender i stedet minstelønn. Heller ikke Italia har formaliserte ordninger, men løsninger basert på rettspraksis gir langt på vei samme resultat jfr. SOU 2008: 123, s. 228 flg.

³⁰² SOU 2008:123, Beskæftigelsesministeriets Laval-udredning af 19. juni 2008.

Forskjellen mellom metodene i art. 3(8) annet ledd, og ordninger for allmenngyldiggjøring er at art. 3(8) annet ledds tariffavtaler ikke binder innenlandske virksomheter som ikke er tilsluttet tariffavtalen, men vil binde utenlandske virksomheter uavhengig av tilslutning til avtalen. Dermed oppnås full dekning av tariffavtalens innhold for utstasjonerte arbeidstakere, men ikke nødvendigvis for innenlandske.³⁰³ At medlemsstatene kan velge fremgangsmåter for å anvende egne betingelser som ligger et godt stykke unna hva en vanligvis anser som universelt bindende normer,³⁰⁴ reiser særlig spørsmål med hensyn til likebehandling som *presiseres* særskilt i art. 3(8) tredje og fjerde ledd. Tolket strengt etter sin ordlyd kan det argumenteres med at bare allmenngyldige tariffavtaler kan oppfylle dette kravet, bare slike tariffavtaler kan binde alle. Konsekvensen av resonnementet er at alternativene i art. 3(8) annet ledd ikke er anvendelige. Slik kan bestemmelsen ikke forstås, og i *Laval* avsnitt 66 går det frem at det nettopp ligger en mulighet i art. 3(8) annet ledd, jfr. ovenfor. To viktige spørsmål er dermed hvor høy dekningsgrad som kreves etter første strekpunkt, og hva som ligger i at medlemsstatens skal treffe bestemmelse om å utnytte alternativene. Alternativet om ”mest representative tariffavtaler” reiser først og fremst faktiske spørsmål om den enkelte stats arbeidsmarked.

Den omtvistede tariffavtalen i *Laval*, har ifølge avgjørelsen 87 % dekningsgrad.³⁰⁵

På bakgrunn av at formålet bak art. 3(8) annet ledd er at medlemsstater uten ordninger for allmenngyldiggjøring, og som dermed *ikke kan* oppnå full dekning likevel kan gjøre tariffavtaler normerende, synes dekningsgraden i tariffavtalen tilstrekkelig.

I følge Kommisjonens Explanatory Memorandum til direktivet kan generelt gjeldende tariffavtaler legges til grunn på tross av at ”an economically insignificant number of national-based undertakings do not observe the collective agreements (or awards) in question.”.³⁰⁶ Et nøkkelspørsmål ifølge Kommisjonen er i hvilken grad disse ubundne virksomhetene står i en reell konkurranseposisjon i forhold til de utenlandske som må følge

³⁰³ Sigeman 2005, s. 477.

³⁰⁴ Davies 1997, s. 580-581.

³⁰⁵ C-341/05 *Laval*, avsnitt 17.

³⁰⁶ Se Evju, 2006, s. 11 og Kommisjonens Explanatory Memorandum i SOU 1998:52, s. 85-86.

tariffavtalen. Dermed ligger det kanskje nærmere å se dekningsgraden som et indisium på om konkurranse basert på likebehandling fungerer. Om konkurransen fungerer er det kanskje ikke avgjørende om tariffavtalen som legges til grunn har 75% eller 95% dekning i det geografiske område. Uavhengig av om vertsstaten faller ned på alternativet om avtalens dekningsgrad eller partenes representativitet, foranlediger det uansett en vurdering av om den konkrete tariffavtale kan anvendes. Davies formulerer ulikheten mellom art. 3(8) første og annet ledd slik: "Member States may substitute for the test of obligation, the test of applicability in fact or even that of the representative status of the parties which negotiated the agreement"³⁰⁷. Begge alternativer i art. 3(8) annet ledd, men kanskje særlig det siste reiser primært faktiske spørsmål som ikke lett kan bedømmes av EF-domstolen. Nærmere om hva som ligger i tariffavtaler inngått av de mest representative arbeidslivsparter, er vanskelig å uttale noe konkret om.

Bestemte oppfatninger om hva som ligger i direktivets ordlyd om at medlemstaten kan "beslutte om ...at legge til grunn" er også vanskelig å legge til grunn. I *Laval* uttalte domstolen at det forutsettes "at medlemsstaten træffer bestemmelse herom".³⁰⁸ Selv om ordlyden ikke uttrykkelig krever en *rettslig beslutning*, synes dette forutsatt i *Laval*. Det naturlige må være å se kravet til å treffe bestemmelse i sammenheng med direktivets art. 4 (3), og det krav til transparens eller forutberegnelighet vi finner der. Dette vektlegges sterkt i *Laval*.³⁰⁹

Den svenske *Laval*-utredningen skisserer en løsning basert på art. 3(8) annet ledd, og er derfor av interesse.³¹⁰ Utvalgets forslag er at alminnelige tariffavtaler, slik som den i *Laval*, inntar klart definerte minimumsvilkår, derunder en minstelønn som lett lar seg definere.³¹¹

³⁰⁷ Davies 1997, s. 580.

³⁰⁸ C-341/05 *Laval*, I avsnitt 66.

³⁰⁹ Slik Reich 2008, s. 143.

³¹⁰ SOU 2008: 123.

³¹¹ *Ibid*, s. 261 flg.

Ved at den nasjonale utstasjoneringslov inntar bestemmelser om at minstevilkår i tariffavtaler som tilfredsstiller vilkårene i art. 3(8) annet ledd skal anvendes av utstaserende virksomheter, kan innholdet i vilkårene gjøres tilgjengelige i tråd med informasjonssystemene som forutsettes i art. 4. Både i Sverige og Danmark legges det opp til at det er fagforeninger som skal påse at virksomhetene etterlever tariffavtalene. Det synes ikke grunnlag for å underkjenne en slik ordning, forutsatt at det rent faktisk vises til klare minimumsvilkår i tariffavtalen, og at det ikke legges til grunn lokale tariffavtaler eller særavtaler. En forutsetning er da at kollektive kampmidler bare anvendes når det er nødvendig for å sikre de utstasjonerte minimumsrettigheter etter direktivet jfr. *Viking*.

Sett fra vertsstatens synspunkt, og kanskje særlig deres fagforeninger, er en ulempe ved systemet at det ikke kan anvendes lokale fremforhandlede lønnstillegg. Dette går dermed utover den tariffautonomi som kjennetegner organiseringen av arbeidslivet særlig i Sverige og Danmark. På den annen side gir løsningen utstaserende virksomheter muligheten til enklere å beregne lønnskostnader. En slik forutberegnelighet forutsettes i art. 4. Slike løsninger gir også partene i arbeidslivet en mer fremtredende rolle for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår enn hva som er tilfelle ved allmenngyldiggjøring. Det forutsetter en form for forvaltningsvedtak eller delegasjon av lovgivningskompetanse ved fastsettelse av de enkelte vilkår.

6.5.5 Sammenfatning og betraktninger

På tross av at *Laval* avsnitt 68 tilsynelatende åpner for at andre virkemidler enn de direktivet oppstiller kan anvendes under iakttakelse av traktaten, stenger *Rüffert* for at andre virkemidler enn slike som gjenfinnes i direktivets er anvendelige. Dette innebærer at vertsstatene, dersom de vil basere seg på tariffavtalte vilkår, må opprette ordninger enten for å allmenngyldiggjøre tariffavtaler eller velge løsninger innenfor art. 3(8) annet ledd. I motsatt fall er vertsstaten avskåret til å lovfestede vilkår, derunder lovfestet minstelønn. Særlig kritisk er dette for stater som verken har lovfestet minstelønn eller ordninger basert på direktivets art. 3(1) jfr. 3(8). Da blir arbeidskontraktens lønn bestemmende.

Domstolens løsninger går utover nasjonalt etablerte løsninger for lønnsfastsettelse og den fleksibilitet som muligens kunne innfortolkes i avgjørelser avsagt før direktivets anvendelighet. Det avgjørende er ikke lenger om statenes ordninger samlet gir de utstasjonerte reelle fordeler som er nødvendige ut fra formålet om arbeidstakernes beskyttelse, men om de nasjonale løsninger kan innpasses i direktivets ordlyd fortolket i lys av EFT. art. 49. Et lyspunkt er imidlertid at domstolen tilsynelatende legger til grunn at ordninger innenfor direktivet også er i samsvar med traktaten, og at mulighetene som ligger i art. 3(8) annet ledd synes klarere enn tidligere. Anvendelsen av alternativene forutsetter at en statlig beslutning konkretiseres i en rettslig bestemmelse av hensyn til klarhet, men det er ikke holdepunkter for at disse løsningene ikke kan kombineres med lovbestemmelser. På den måten kan arbeidslivets parter fortsatt sikre en avgjørende rolle ved lønnsfastsettelse også ved utstasjonering, så lenge det sikres faktisk likebehandling i konkurransesituasjonen og minimumsvilkårene fremgår klart og utvetydig.

6.6 Nivåmessige begrensninger – særlig om minstelønn

6.6.1 Introduksjon og problemstilling

Som vi har sett ovenfor i punkt 6.4 og 6.5 er forutsetningene for at vertsstaten kan gjøre gjeldende nasjonale reguleringer overfor utstasjonerte virksomheter og deres ansatte for det første at det er tale om reguleringer innenfor direktivets kjernevilkår i art. 3(1) eller art. 3(10). For det andre at disse er fastsatt ved lov eller tariffavtaler som er allmenngyldiggjort eller gjelder generelt etter art. 3(1) og 3(8). Bare slike typer regler i slike typer reguleringsmåter kan anvendes overfor utstasjonerte virksomheter.

Domstolen avviste klart både i *Laval* og *Rüffert* at art. 3(7) om ”mere favorable vilkår” åpner for at gunstigere regler enn slike som finnes i lov eller anvendelige tariffavtaler kan anvendes. Bestemmelsen kommer bare til anvendelse der gunstigere betingelser medbringes fra hjemstaten.³¹²

³¹² Evju 2008c, s. 13.

”Nævnte bestemmelser kan især ikke fortolkes således, at bestemmelsen gør det muligt for værtsmedlemsstaten at betinge gennemførelsen af levering af tjenesteydelser på sit område af overholdelsen af arbejds- og ansættelsesvilkår, der går videre end de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse.” (*Laval* avsnitt 80 og *Rüffert* avsnitt 33).

Laval og *Rüffert* gjør det klart at bare minstevilkår kan anvendes, men hvor langt vertsstaten kan gå ved fastleggelsen av det nærmere innhold i minstevilkårene er mer usikkert. Verken i *Laval*, *Rüffert* eller *Luxembourg* går domstolen nærmere inn på spørsmålet om nivåmessige begrensninger *innenfor minimumsreguleringene* i kjernelisten. Mest aktuelt er spørsmålet i forhold til art. 3(1)(c) om minstelønn.

Problemstillingen her er hvorvidt det også finnes nivåmessige begrensninger dersom minstevilkår er fastsatt ved riktige virkemidler. I det følgende vil jeg konsentrere meg om minstelønn.

Det bemerkes at spørsmålet må anses uavklart, og i teorien finnes ulike oppfatninger.³¹³ Her er det lagt til grunn *både* at målestokken for minstelønnens tillatelige størrelse er hva som er nødvendig ut fra beskyttelseshensyn til de utstasjonerte arbeidstakere,³¹⁴ og at enhver bestemmelse om lønn i prinsippet er en bestemmelse om minstelønn med mindre rettsgrunnlaget forbyr en høyere lønn.³¹⁵

I forhold til avhandlingens hovedproblemstilling, forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 94 og EF/EØS-retten, er spørsmålet aktuelt fordi konvensjonens art. 2 gjør den stedlige etablerte tarifflønn gjeldende. Dette er i alle fall begrepsmessig noe annet enn utstasjoneringsdirektivets minstelønn i art. 3(1)(c). *Mest aktuelt* her hjemme er kanskje

³¹³ Orlandini 2008, til dels også Graver 2008 legger til for eksempel til grunn at vertsstatene står fritt eller nærmest fritt.

³¹⁴ Reich 2008 og Kolstad 2008.

³¹⁵ Van Peijpe i Rönmar 2008, s. 200.

spørsmålet i forhold til allmenngjøringsordningen og de vedtatte allmenngjøringsforskrifter.³¹⁶

6.6.2 Utstasjoneringsdirektivets minstelønnsbegrep

Laval og *Rüffert* danner sammen med direktivets art. 3(1) annet ledd om at minstelønn defineres nasjonalt, utgangspunktet for hvilken lønn vertsstatene kan anvende overfor utstasjonerende virksomheter og deres arbeidstakere. I *Laval* legger domstolen til grunn at innholdet i kjernevilkårene fastsettes nasjonalt under fellesskapsrettens alminnelige skranker:

”Direktiv 96/71 har dog ikke harmoniseret de nationale reglers materielle innhold for så vidt angår disse ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse. Dette indhold kan således frit fastlægges af medlemsstaterne under overholdelse af traktaten og de almindelige fællesskabsretslige principer.”.³¹⁷

Selv om utgangspunktet er at minstelønn etter art. 3(1) annet ledd defineres etter nasjonal lovgivning og praksis i vertsstaten, kan det altså finnes begrensninger i de alminnelige fellesskapsrettslige prinsipper, så som proporsjonalitetsprinsippet.³¹⁸

I rettspraksis er det få spor av en særlig streng proporsjonalitetsvurdering i forhold til nivået på minstelønnen. I *Laval* presiserte domstolen at fremforhandlet tariff lønn som ikke var allmenngyldiggjort eller gjaldt generelt, ikke var noen minstelønn,³¹⁹ men den vurderte ikke hvor langt medlemsstatenes frihet til å definere egen minstelønn strekker seg.³²⁰

Verken tariffavtalens ”tilbakefallsregel” om timelønn på 109 SEK, eller det lokale lønnskravet på 145 SEK, ble vurdert i forhold til direktivets minstelønn.³²¹

³¹⁶ NHO har varslet rettlige skritt mot allmenngjøringsforskriften for skips og verftsindustrien, fordi den etter deres mening forskriftsfester lønns- og arbeidsvilkår som går for langt i forhold til EØS-rettens begrensninger, Dagens Næringsliv, 3. desember 2008 (bare papirutgave).

³¹⁷ Sak C-341/05 *Laval*, avsnitt 60, se også sak C-490/03 *Kommisjonen mot Tyskland* [2007] EFD I-6095, avsnitt 19, og COM(2003) 458 final s. 7.

³¹⁸ Jfr. punkt. 5.5.4.

³¹⁹ C-341/05 *Laval*, avsnitt 70.

³²⁰ Van Peijpe i Rönmar 2008, s. 200.

³²¹ C-341/05 *Laval*, avsnitt 26 og 71.

Det domstolen gjør klart i *Laval*, er derimot at det kreves en klar og tilgjengelig lønnsats og at det er tale om en minstelønn som er fastsatt etter direktivets metoder.³²² Heller ikke i *Rüffert* går domstolen inn i den aktuelle lønnsats, men konkluderer med at det ikke er noen minstelønn fordi lønnen ikke er fastsatt etter direktivets metoder, og at den dessuten overstiger den allmenngjorte minstelønn i AEntG.³²³ I *Luxembourg* var det ikke omtvistet at den lovfestede minstelønningen kunne indekseres etter levekostnader. Som vist presiserte domstolen at fellesskapslovgiver ”har ønsket at begrense medlemsstaters beføjelser med hensyn til indgreb på lønområdet til fastsættelse av mindstelønningen”, og at annen lønn heller ikke aksepteres etter art. 3(10). Ikke enhver lønnsats kan påtvinges utstasjonierende virksomheter. Domstolen har altså ikke gått inn i lønnens størrelse, og rokket de politiske kompromisser som ligger bak direktivet etter mer generelle prinsipper. *Barber* viser imidlertid at det ikke er utenkelig at domstolen *kan* gjøre det.³²⁴

Finalarte er den eneste avgjørelsen der domstolen har vurdert nivåmessige begrensninger, og saken har derfor interesse. Dommen er avsagt før utstasjoneringsdirektivet var anvendelig, og spørsmålet gjaldt ikke minstelønn, men ferie.

Et av spørsmålene var hvorvidt Tyskland kunne anvende ferieregler med grunnlag i allmenngyldig tariffavtale som ga de utstasjonerte fem ukers ferie, og ikke fire uker slik arbeidstidsdirektivet³²⁵ satt som et minimum. Virksomhetene argumenterte for at fellesskapslovgiver ved å vedta et minimum på fire uker hadde tatt stilling til hvor lang ferie som var nødvendig, og at de tyske regler fastsatt ved allmenngyldige tariffavtaler var unødvendige og dermed uproporsjonale. Det mente ikke EF-domstolen:

”Det tilkommer hver enkelt medlemsstat at fastlægge varigheden af den betalte ferie, som er nødvendig i den almene interesse. Eftersom Forbundsrepublikken Tyskland har

³²² Ibid avsnitt 110.

³²³ C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 39-41.

³²⁴ Sak C-262/68 *Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group*, [1990] EFD I-1889. Se Evju 2006 s. 36 om avgjørelsen og dens konsekvenser.

³²⁵ Rådsdirektiv 93/104/EF av 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilretteleggelse av arbeidstiden.

fastlagt, at en årlig ferie svarende til 30 arbejdsdage er nødvendig for den sociale beskyttelse af bygningsarbejdere, er traktatens artikel 59 og 60 således ikke som udgangspunkt til hinder for, at denne medlemsstat udstrækker dette beskyttelsesniveau til arbeidstagere, som er udstationeret..” (avsnitt 58, min utheving).

Dermed står vertsstaten tilsynelatende nokså fritt også når nivået på minstelønnen skal fastlegges, men det er verdt å merke seg at vertsstatene like fullt må vurdere *hva som er nødvendig i den allmenne interesse*.

I tillegg til den generelle begrensningen vi finner i *Laval* avsnitt 60 som på bakgrunn av Finalarte ikke synes særlig streng, finnes en viss veiledning i direktivet selv. Etter art. 3(1)(c) omfatter minstelønn eksplisitt overtidsbetaling, men unntar yrkestilknyttede pensjonsrettigheter. Art. 3 (7) annet ledd gjør også ”Ydelser, der specifikt vedrører udstationeringen” til en del av minstelønnen så lenge det ikke er tale refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, for eksempel reiseutgifter, kost og losji.³²⁶ I den svenske *Laval*-utredningen legges det til grunn at direktivet oppstiller begrensninger for hvilke elementer som til sammen kan utgjøre minstelønn etter direktivet, men at det ikke oppstilles begrensninger til minstelønnens størrelse.³²⁷ Med utvalgets ord finnes begrensninger i forhold til minstelønnens bredde, men ikke til minstelønnens høyde. Denne løsningen har støtte i rettspraksis, men unntar tilsynelatende minstelønnen fra proporsjonalitetsvurderingen. Dette er i alle fall *prinsipielt underlig* selv om graden av prøving kan tilpasses statenes skjønnsmargin.³²⁸

Det er ikke utenkelig at bemerkningene om minstelønnens bredde er foranlediget av det danske lovforslag til tilpasning etter *Laval*. Den danske respons til *Laval* tar nettopp sikte på å konvertere danske arbeidsgiveres utgifter til tariffavtalte ytelser inn i

³²⁶ Ot.prp. nr. 13 (1999-00), s. 39.

³²⁷ SOU 2008: 123, s. 279.

³²⁸ Slik Kolstad 2008, s. 13.

minstelønnskrevet som kan kreves av utstasjonerte virksomheter.³²⁹ Det er altså ikke tariffavtalens minstelønn som gjelder overfor danske arbeidsgivere som legges til grunn der arbeidsgiver er en utenlandsk virksomhet, men tariffavtalens minstelønn og andre kostnader som for eksempel ytelser til tariffavtalt barselspermisjon. Det kan etter min mening være problematisk både i forhold til minstelønnens bredde, og i forhold til proporsjonalitetsvurderingen. At yrkestilknyttede pensjonsordninger ikke kan være del av minstelønnten taler mot at andre elementer, som kanskje ligger ennå lenger unna det alminnelige minstelønnsbegrep, kan innregnes.

Den svenske utredningen viser blant annet til *Arblade* som begrunnelse for at minstelønnten begrenses i bredden.³³⁰ I avgjørelsen, er som er avsagt før direktivets anvendelighet, hevdet den belgiske regjering at arbeidstakers godtgjørelser for dårlig vær og lojalitet til arbeidsgiver var en del av minstelønnten.³³¹ Dette ble avvist av domstolen fordi de aktuelle godtgjørelsene størrelse ble beregnet ut fra bruttominstelønnten, og at godtgjørelsene dermed forutsetningsvis var noe annet enn minstelønn.³³² Den svenske Laval-utredningen legger til grunn at det avgjørende i *Arblade* antakelig var at godtgjørelsene hadde rettslig grunnlag i en annen allmenngyldig tariffavtale enn minstelønnten.³³³

Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* gjaldt nettopp hvilke elementer som kan utgjøre vertsstatens minstelønn. En tolkning av dommen er at det avgjørende for hva som kan utgjøre vertsstatens minstelønn overfor utenlandske virksomheter, er *hvilke minimumskrav som stilles til innenlandske virksomheter etter nasjonal lovgivning og praksis*, altså det som

³²⁹ Jfr. Betænkning fra udredningsarbejdet om Laval-afgørelsen, s. 17 ”Dette indebærer, at eventuelle forpligtelser, som danske arbejdsgivere har i henhold til landsdækkende kollektive overenskomster, og som rækker udover minimumslovgivningen på områder som fx ferie og barsel, vil kunne indregnes i de overenskomstmæssige lønvilkår, som der henvises til i forbindelse med iværksættelsen af kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere.”.

³³⁰ SOU 2008: 123, s. 273 flg.

³³¹ Forente saker C-369/96 og 376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 45.

³³² Ibid, avsnitt 46 og 47.

³³³ SOU 2008:123, s. 275.

fremgår av direktivet.³³⁴ Dermed synes det problematisk å konvertere andre kostnader inn i den minstelønn som bare anvendes overfor utenlandske tjenestetilbydere. Avgjørelsen er utpreget teknisk, men tillegg etter hjemstatens lønnsreguleringer for særlige oppofringer inngår ikke i det som holdes opp mot vertsstatens minstelønn.³³⁵

Som en forsiktig konklusjon retter minstelønnsbegrepet seg primært mot hvilke elementer som til sammen kan utgjøre vertsstatens minstelønn. EF-domstolen har til nå ikke vurdert nivået på minstelønnsatser som er fastsatt etter direktivets reguleringsmåter, og dette taler for at statene har en vid skjønnsmargin ved fastsettelsen. Likevel har domstolen bemerkt at det kan finnes begrensninger i fellesskapsrettens alminnelige prinsipper slik som proporsjonalitetsprinsippet. I alle fall i en teoretisk fremstilling blir det etter min mening for enkelt å konkludere med at vertsstatene står helt fritt, eller nærmest fritt ved fastsettelse av minstelønn på bakgrunn av rettspraksis. Utstasjoneringsdirektivets minstelønn kan etter domstolens syn anvendes i kraft av direktivet og EFT. art. 49, og må således anses som et fellesskapsrettslig begrep underlagt fellesskapsrettens skranker.³³⁶ Dette bringer oss over til hvilket eller hvilke allmenne hensyn som ligger til grunn for at vertsstatene kan anvende minstelønn overfor utstasjonerende virksomheter og deres ansatte.

6.6.3 Hvilke(t) allmenne hensyn begrunner anvendelse av minstelønn

Å avdekke hvilket eller hvilke allmenne hensyn som ligger bak vertsstatens plikt og rett til å anvende minstelønn overfor utstasjonerte arbeidstakere, på tross av at dette kan være en

³³⁴ SOU 2008:123, s. 277.

³³⁵ *Ibid.*, s. 283. Dommen er for øvrig svært knyttet til spesifikke forhold i saken, og fremstår som meget uklar, og vanskelig å trekke slutninger fra.

³³⁶ Nielsen 2008a, s. 71 legger det motsatte til grunn. At minstelønn er svensk rett fordi den defineres nasjonalt etter dir. art. 3(1) annet ledd, og at domstolen derfor ikke er kompetent til å uttale seg om denne. Etter min mening er nettopp et av problemene i *Laval* at svensk rett ikke har noen distinksjon mellom minstelønn og annen lønn, men at dette forutsettes etter EF-retten. Dessuten finnes utrykkelige begrensninger for minstelønningen i art. 3 (1)(c) med hensyn til pensjoner, og også dette taler mot at minstelønn utelukkende er et nasjonalt anliggende.

restriksjon etter traktaten³³⁷ er viktig. Grunnen er at nødvendigheten av et gitt lønnsnivå rimeligvis må avhenge av hva en ønsker oppnådd ved å legge den aktuelle lønssats til grunn.³³⁸

Her kan det tenkes minst to ulike hensyn. I eldre rettspraksis ble anvendelse av vertsstatens reguleringer gjerne forankret i hensynet til de utstasjonerte arbeidstakere.³³⁹ Ut fra et slikt hensyn kan det argumenteres med at en minstelønn som overstiger det som er nødvendig for at de utstasjonerte skal være tilfreds med sin lønn, isolerer det nasjonale arbeidsmarked fra konkurranse i større grad enn det beskytter de utstasjonerte. Da kan det i tilfelle karakteriseres som beskyttelse mot konkurranse eller kanskje mer presist, sosial proteksjonisme.³⁴⁰ Dette allmenne hensyn ligger antakelig til grunn bak Kolstads utgangspunkt om at vurderingen av hva som er en proporsjonal minstelønn må vurderes ut fra hva som er nødvendig for et akseptabelt livsopphold.³⁴¹ Reich går i samme retning:

”The yardstick for legitimate restrictions of the freedom to provide services is always the protection of posted workers, not the prevention of competition in the construction market”.³⁴²

I femte betraktning til utstasjoneringsdirektivet finner vi et lignende, men likevel ulikt hensyn, ”fremme af tjenesteydelser over grænserne forudsætter fair konkurrence og forholdsregler, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres”.

Domstolen legger i *Laval* til grunn et allment hensyn som ligger nærmere fortalens fair konkurranse enn minimumsbeskyttelse av de utstasjonerte:

”at beskytte arbejdstagerne i værtsmedlemsstaten mod en eventuel social dumping, kan udgøre et tvingende alment hensyn som omhandlet i Domstolens praksis, der i princippet kan begrunde en restriktion.” (avsnitt 103).

³³⁷ Jfr. for eksempel sak C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 37.

³³⁸ Jfr. punkt 5.5.4.

³³⁹ Jfr. punkt 5.5.2.

³⁴⁰ I denne retning Davies 1997, s. 598.

³⁴¹ Kolstad 2008, s. 12.

³⁴² Reich 2008, s. 139.

Noen definisjon på sosial dumping ser vi ikke, men domstolen viste til flere saker jeg har sett på der domstolen, slik den nå vurderer saken, også mente at det var et behov for å beskytte innenlandske arbeidstakere mot lønnskurranser- *Arblade, Mazzoleni, Finalarte* og *Viking*. Av domstolens formulering i *Laval* går det frem at det i alle fall *ikke bare* er de utstasjonerte arbeidstakerne domstolen ser nødvendigheten av å beskytte selv om dette skulle hindre samhandelen. Vaxholm-konflikten sett under ett dreide seg mer om å unngå brysomme konkurrenter enn å sørge for at de utstasjonerte hadde den lønn de må ha for å opprettholde en akseptabel livsstandard. Laval betalte ikke sine arbeidstakere bare en ren overlevelseslønn, deres månedslønn var 13600 SEK ”hvortil kom fordele i form af kost, logi og rejsegodtgjørelse for en værdi af 6000 SEK.”.³⁴³

At hensynet som ligger bak anvendelsen av minstelønner er mer sammensatt enn hva som er nødvendig ut fra de utstasjonertes økonomiske behov, går også frem i andre avgjørelser og ved direktivets utforming. I *Wolff & Müller* anerkjente domstolen hensynet til å unngå *illojal konkurranse* fra virksomheter som betalte under AEntGs minstelønn.³⁴⁴

I sak *C-445/03 Kommisjonen mot Luxembourg*³⁴⁵ la domstolen med henvisning til *Rush* grunn at hensynet til å unngå forstyrrelser på arbeidsmarkedet var et anerkjent allment hensyn.³⁴⁶ Begge disse hensyn peker i retning av et felles rettslig utgangspunkt eller ”level playing field”, mer enn et sosialt akseptabelt lønnsnivå.

De i hovedsak to metodene³⁴⁷ som direktivet oppstiller for hvordan minstelønn kan gjøres gjeldende, illustrer poenget. Lovfestet minstelønn er primært et virkemiddel for å bekjempe fattigdom nasjonalt, og sikre alle en lønn å leve av.³⁴⁸ I EF-rettslig terminologi kan det kanskje kalles sosial beskyttelse av arbeidstakerne. Allmenngjøring av tariffavtaler, som

³⁴³ Sak C-341/05 *Laval*, avsnitt 31.

³⁴⁴ Sak C-60/03 *Wolff & Müller*, avsnitt 41.

³⁴⁵ Sak C-445/03 *Kommisjonen mot Luxembourg*, [2004] EFD I-10191.

³⁴⁶ *Ibid.*, avsnitt 38.

³⁴⁷ Altså lov/forskrift eller allmenngyldige/generelt gjeldende tariffavtaler.

³⁴⁸ Lismoen og Stokke 2005, s. 5.

direktivet forutsetter anvendt i byggebransjen, er noe annet og kan ha et videre formål enn sosial beskyttelse.³⁴⁹ Det er en reguleringsmåte som implementerer et forhandlingsresultat og dermed tilstreber at alle virksomheter har det samme konkurransemessige utgangspunktet for lønnskostnader, ikke primært for å unngå fattigdom.³⁵⁰ Mange av statene som var representert i Rådet da utstasjoneringdirektivet ble vedtatt, har og hadde både lovfestet minstelønn og allmenngyldige tariffavtaler.³⁵¹ Innenfor sektorer der allmenngyldige tariffavtaler finnes, angir disse, og ikke en lovfestet minstelønn, det nedre tillatte nivå. Skillet går klart frem i utstasjoneringdirektivets ordlyd ved distinksjonen mellom ulike bransjer som klart nok antyder at i alle fall fellesskapslovgiver ønsket utjevning av konkurranse i byggebransjen. Ved vedtakelsen av direktivet var det aldri aktuelt å gå tilbake fra utgangspunktet i *Seco* ved å begrense vertsstatene handlingsfrihet til bare å anvende lovfestet minstelønn.³⁵² Som Graver bemerker harmonerer det også dårlig at minstelønn inkluderer overtidsbetaling, dersom hensynet bak anvendelsen av minstelønn bare er å sikre alle et minimum.³⁵³

Konklusjonen er dermed at det allmenne hensyn som ligger til grunn for anvendelse av minstelønn strekker seg lengre enn bare beskyttelse av utstasjonerte arbeidstakerne, og også har en side som handler om hvilken lønn som gir fair konkurranse. At dette implisitt åpner for en viss grad av proteksjonisme, har domstolen akseptert ved å anvende direktivet. Det var debatt om direktivets forenelig med traktaten, men den må anses avsluttet. Dette har rimeligvis betydning for vertsstatens fastsettelse av minstelønn.

³⁴⁹ SOU 2008: 123 s. 190 flg. redegjør for ulike former for allmenngyldiggjøring av tariffavtaler i EU-land. Fremstillingen viser at det er store ulikheter fra land til land.

³⁵⁰ Tyske AEntG er ett eksempel. Den franske ordning både med lovfestet minstelønn ved SMIC, og allmenngyldiggjøring av tariffavtaler gjennom "extension" eller "élargissement" et annet, jfr. SOU 2008:123 s. 200.

³⁵¹ Lismoen og Stokke 2005, s. 10.

³⁵² Verdt å bemerke er det også at fortalen har inntatt det vide obiteret fra *Rush* i 12. Noe absolutt nedre minimum kan forutsetningsvis ikke vært formålet med art. 3(1)(c).

³⁵³ Graver 2008, s. 12.

Fair konkurranse mellom innenlandsk og utenlandsk arbeidskraft i vertsstater med høyt lønnsnivå forutsetter at også de utstasjonerte arbeidstakere har en forholdsvis høy minstelønn.

6.6.4 Hvilken lønn gir fair konkurranse og beskyttelse av arbeidstakerne

At direktivets minstelønn også er begrunnet i hensynet til fair konkurranse mellom utenlandsk og innenlandsk arbeidskraft, innebærer at de begrensninger som måtte finnes for minstelønnens nivå etter proporsjonalitetsprinsippet, må utforskes ved en analyse av hva *domstolen anser som rettferdig* innenfor direktivet og traktatens rammer.

Av *Laval* og *Rüffert* ser vi at domstolen mener anvendelse av det faktiske lønnsnivå som lokalt etablerte arbeidstakere mottar, ikke gir fair konkurranse. Grunnen er at direktivet etter domstolens tolkning av art. 3(7) om mer favorable vilkår, ikke åpner for anvendelse av slik lønn, men bare minstelønn. Lønn etter fremtvungne forhandlinger der fagforeningen forhandler for arbeidstakere som ikke er medlemmer, er ikke minstelønn, men likelønn, jfr. *Laval*.³⁵⁴ Likelønn er som Hjelmeng og Kolstad påpeker ikke hva EF-domstolen tilstreber på området, og er heller ikke det direktivet handler om.³⁵⁵ Likelønn er derimot et formål som tilstrebes ved arbeidstakerfriheten etter EFT. art. 39. At likelønn er problematisk ser vi også i *Rüffert*. Der var anvendelse av fremforhandlet lønn i alminnelig tariffavtale en forutsetning for å vinne anbudskonkurransen. Dette er etter min mening det mest problematiske i forhold til konvensjon nr. 94, som delstatsloven i *Rüffert* ”kopierer”.

At likelønn ikke kan gjøres gjeldende, har imidlertid ikke med hensynet til sosial minstebeskyttelse å gjøre, men med hensynet til fair konkurranse. Med Barnards ord:

”For example, it is sufficient that the guest provider of services pays only the minimum wage rates. Most companies established in the host State will pay workers at rates above the minimum level. Therefore, the guest service provider

³⁵⁴ Sak C-341/05 *Laval*, avsnitt 70 og 108.

³⁵⁵ Hjelmeng og Kolstad 2006, s. 15.

still retains a competitive advantage, albeit one whose significance has been reduced”.³⁵⁶

Reich går videre og legger til grunn at full likestilling av innenlandske og utenlandske tjenestetilbydere nettopp *ikke* sikrer fair konkurranse. Utenlandske virksomheter har nemlig en ulempe simpelthen ved at de er utenlandske:

”A complete levelling of ‘minimum rates of pay’ to the ‘normal rates’ paid in Sweden ... means de facto that the competitive advantage of the Latvian service provider is completely eliminated and therefore on the very basis of the directive, which is, according to its preamble, to remove obstacles to the freedom to provide services while guaranteeing to posted workers certain social standards and avoiding ... social dumping is circumvented and effectively frustrated.”³⁵⁷

Reich mener endog at lik lønn for ulike situasjoner kan rammes av forbudet mot indirekte diskriminering etter art. 49:

”imposing equal rates of pay in unequal economic conditions ... amounts to indirect discrimination that should not be allowed under either Article 49 or Directive 96/71, which is a mere concretisation.”³⁵⁸

I *Laval* formuleres nettopp restriksjonsforbudet som et forbud mot ”at der på sammenlignelige situasjoner anvendes forskjellige bestemmelser, eller at det anvendes samme bestemmelser på forskjellige situasjoner.” (avsnitt 115). Reich går langt, men får likevel frem et viktig poeng som domstolen understreker i *Luxembourg* avsnitt 26. Slik domstolen tolker direktivet, har fellesskapslovgiver begrenset vertsstatenes spillerom på lønnsområdet til minstelønn. Heller ikke etter art. 3(10) kan annen lønn anvendes.³⁵⁹

I dette ligger et konkurransefortrinn uavhengig av om minstelønnen finnes i lovgivning eller tariffavtaler hvis minstelønnsbestemmelser, på den ene eller annen måte, er implementert i nasjonal rett ved at nasjonale myndigheter har truffet bestemmelse om dette.³⁶⁰ De ufravikelige minstevilkår som utstasjoneringsdirektivet og EFT. art. 49

³⁵⁶ Barnard 2000, s. 179.

³⁵⁷ Reich 2008, s. 151

³⁵⁸ *Ibid.*, s. 151.

³⁵⁹ *Ibid.*, s. 147.

³⁶⁰ Jfr. C-341/05 *Laval*, avsnitt 66.

oppstiller som et maksimum for hva vertsstaten kan anvende overfor utstasjonerte, vil for hjemlige arbeidstakere danne et gulv for videre forhandlinger. Fra de utstasjonertes ståsted kan samme lønn fremstå som lukrativt dersom de mottar en relativt lav lønn i hjemstaten. Dersom lønnen derimot er høyere i hjemstaten eller etter kontrakten enn vertsstatens minstelønn kan den høyere lønn medbringes etter direktivets art. 3(7).

At en slik minstelønn sikrer fair konkurranse kan virke underlig all den tid ILOs Ekspertkomité tilsynelatende legger det motsatte til grunn, at likelønn er det eneste rettferdige. Etter min mening er det imidlertid nokså klart at både offentlige og private oppdragsgivere vil foretrekke innenlandske tjenestetilbydere fremfor utenlandske dersom prisen er lik. Det betyr ikke nødvendigvis at oppdragsgiveren ikke liker arbeidstakere fra for eksempel Øst-Europa, men at det i praksis er lettere å forholde seg til virksomheter etablert i samme stat. Dessuten har utstasjonierende virksomheter gjerne utgifter hjemlige virksomheter ikke pådrar seg, for eksempel hjemreiser og losji. Et viktig poeng her er at utstasjoneringsdirektivets formål ikke primært er å sikre de utstasjonerte gode vilkår, men å fremme tjenesteutveksling,³⁶¹ og forene dette med adekvate lønns- og arbeidsvilkår for de utstasjonerte. Dette går klart frem i *Rüffert* avsnitt 36 der domstolen åpent legger til grunn at direktivets formål er å sikre fri tjenesteutveksling.

I *Wolff & Müller* uttalte domstolen om direktivets formål:

”Det bemærkes, ... at der ikke nødvendigvis er en modsigelse mellem formålet bestående i at opretholde en loyal konkurrence på den ene side og formålet bestående i at sikre beskyttelsen af arbejdstagere på den anden. Femte betragtning til direktiv 96/71 viser, at disse to formål kan forfølges samtidig.” (avsnitt 42).

Satt på spissen, dersom de utstasjonerte vil ha *like vilkår* er de henvist til søke arbeid i selskaper etablert i vertsstaten og dermed falle inn under EFT art. 39. Dette vil også arbeidstakere fra EU-8 få bedre muligheter til etter utløpet av overgangsordninger 1. mai 2009. Dersom vertsstaten vil tilstrebe full likebehandling er den enkelt sagt bedre tjent med

³⁶¹ Sak C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 36 og C-60/03 *Wolff & Müller*.

åpne for tilsetting av utenlandsk arbeidskraft etter arbeidstakerfriheten enn å strekke utstasjoneringsdirektivets minstelønnsbegrep.

Følgen av at domstolen bare tillater tariffavtalt lønn som er gjenstand for statlig intervensjon, er at tariffavtalenes alminnelige funksjon til å gå ut over det som uansett ville gjelde ikke kommer de utstasjonerte arbeidstakerne til gode ved EF-reglene. Derimot sikrer det utstasjonierende arbeidsgivere et visst konkurransefortrinn.³⁶² Hvor stort konkurransefortrinn de har med hensyn til lønn, avhenger av hvordan direktivets ordninger utnyttes nasjonalt. Fordi den lønnsats som gjøres gjeldende, krever at vertsstatens myndigheter fastlegger et minimum utenlandske tjenestetilbydere ikke trenger å overstige, har de et konkurransefortrinn, om enn begrenset. Ytterpunktene eller motpolene innenfor direktivets reguleringsmåter er lovfestet minstelønn og minstelønn etter generelt gjeldende tariffavtaler etter art. 3(8) annet ledd. I vertsstater som Storbritannia, som ikke har ordninger for å anvende tariffavtaler, men som har lovfestet minstelønn, kan vi gå ut fra at utstasjonierende virksomheter har et merkbart konkurransefortrinn. Den løsningen Danmark og Sverige legger opp til ved utnyttelse av art. 3(8) annet ledd, tilsier derimot at minstenivåer i de tariffavtaler som gir grunnlag for flere hjemlige arbeidstakers lønn, anvendes også for de utstasjonerte. Lokale tillegg gjennom særavtaler kommer derimot ikke de utstasjonerte, men bare de lokalt etablerte til gode. Dermed har virksomheter også der et konkurransefortrinn.

Rüffert er illustrerende for poenget. Dersom den niedersachsiske anskaffelseslov hadde blitt funnet forenelig med EFT art. 49 og utstasjoneringsdirektivet, ville utenlandske virksomheter som oppfylte offentlige kontrakter miste det konkurransefortrinn de nå har ved å holde seg til den allmenngyldige minstelønn etter AEntG. Dette aksepterte ikke domstolen i *Rüffert*, og dette er grunnen til at domstolen trygt kunne konkludere med at direktivets minstelønn er minstelønn etter direktivets fremgangsmåter som alle forutsetter statsintervensjon. En respons til *Rüffert-saken* kan være å allmenngyldiggjøre flere tariffavtaler etter AEntG, også tariffavtaler som dekker delstater enkeltvis.³⁶³ Da bør i

³⁶² Slik Orlandini 2008, s. 583.

³⁶³ Dette diskuteres nå i Tyskland jfr. Koberski og Schierle 2008.

tilfelle minstelønnsnivået ikke settes for høyt. Et høyt minimum i forhold til de innenlandske arbeidstakere vil virke lønnsdrivende fordi fagforeninger vil forhandle *fra* dette høye minstenivå.³⁶⁴

Konklusjonen er dermed nokså enkel. En proporsjonal minstelønn etter domstolens tolkning av utstasjoneringdirektivet og EFT. art. 49 er den minstelønn som gjelder som det nedre ufravikelige minstekrav i forhold til innenlandske virksomheter og deres arbeidstakere. Fordi fastsettelse av en slik minstelønn, uavhengig av hvilke fremgangsmåter vertsstaten velger å benytte, forutsetter en statlig beslutning eller intervensjon i lønnsfastsettelsen, vil det etablerte minimum være et gulv og et utgangspunkt for videre forhandlinger for innenlandske arbeidstakere. Dette kan skje individuelt eller kollektivt gjennom fagforeninger. Dermed vil direktivets minstelønn på grunn av den formalistiske formen for fastsettelse, være en proporsjonal og nødvendig lønn i forhold til de aksepterte formål den skal virkeliggjøre.

7 Konklusjon og oppsummering del III

Fra EF-domstolen fikk forelagt sin første sak om utstasjonering i *Seco* til i dag har området gjennomgått store rettslige endringer. Utgangspunktet er likevel det samme. Vertsstaten kan anvende viktige nasjonale reguleringer uavhengig av om arbeidsforholdet etter den internasjonale privatrett er nærmest hjemmehørende i hjemstaten. Et skille fant sted på 1990-tallet ved at domstolen etablerte et restriksjonsforbud som også fanger opp ikke-diskriminerende tiltak.

Motstykket til restriksjonsforbudet er læren om rettferdiggjøring etter tvingende allmenne hensyn. Etter doktrinen kan nasjonale reguleringer som virker likt anvendes dersom de er begrunnet i et av domstolens aksepterte allmenne hensyn, og er egnet og nødvendig for å

³⁶⁴ Jfr. Høring om effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar Aid 5. desember 2008, s. 43.

nå sitt formål. Læren gir negative forpliktelser og gir tilsynelatende fleksibilitet med hensyn til reguleringenes innhold og form. Like fullt tillot domstolen også før direktivet bare anvendelse av minimumsvilkår. Læren ble utviklet parallelt med utstasjoneringsdirektivets tilkomst. Da direktivet ble anvendelig ti år etter prosessen ble initiert, hadde rettsområdet gjennomgått betydelige endringer. Utgangspunktet som lå til grunn for direktivet, var innsnevret. Et sentralt punkt var at domstolen bekreftet at vertsstatens lønnsregler var anvendelige, men bare minstelønn. Fordi sekundærlovgivning verken kan tillate eller kreve ordninger som er uforenelige med primærretten,³⁶⁵ ble direktivet rettslige status uklar. Enkeltbestemmelser gir inntrykk av at direktivet oppstiller minimumsforpliktelser, og at også andre reguleringer enn direktivet anviser kan gjøres gjeldende under iakttakelse av rettspraksis under traktaten. Direktivet ble satt på prøve i forbindelse med EU-utvidelsene i 2004, og *Laval* viste at direktivet ikke kan anses som et minimumsdirektiv, men et direktiv som langt på vei totalharmoniserer hvilke av vertsstatens reguleringer som kan gjøres gjeldende etter hvilke metoder. Denne oppfatningen av direktivet ble ført videre og styrket i *Rüffert*, og i dag utgjør direktivet den ytre ramme for hva som er proporsjonalt etter traktaten og læren om rettferdiggjøring av restriksjoner.

Direktivet regulerer hvilke nasjonale regler som skal anvendes, andre reguleringer kan bare gjøres gjeldende om det er av avgjørende betydning. Det materielle innholdet i kjernereglene fastsettes nasjonalt, men krever statsintervensjon. Fagforeninger kan fremforhandle vilkårene, men kan ikke på egen hånd definere innholdet, eller ved streik og boikott kreve mer enn minimumskrav i rettsgrunnlag som er relevante etter direktivet. Alminnelige tariffavtaler gir ikke grunnlag for de utstasjonertes ufravelige minsterettigheter, det gjør bare tariffavtaler som gjelder alle etter direktivets metoder. Hvilke begrensninger som påligger vertsstatene ved fastleggelsen av det nærmere innhold i kjernevilkårene nasjonalt er uavklart, men utgangspunktet er at dette fastsettes nasjonalt

³⁶⁵ Evju 2008a, s. 11.

med hensyn til hva som er nødvendig for å sikre fair konkurranse mellom innenlandske og utenlandske arbeidstakere.

For lønn som det viktigste arbeidsvilkår, har domstolen presisert at likelønn ikke gir fair konkurranse i fellesskapsretten. Grunnen er antakelig at utenlandske tjenestetilbydere har utgifter innenlandske ikke har, og at domstolens og direktivets minstelønn forutsetter en visst konkurransefortrinn. Derimot har domstolen styrt unna spørsmålet om nivået på minstelønnen, men nøyd seg med at også denne må fastsettes etter de alminnelige prinsipper. *Laval* og *Rüffert* signaliserer at domstolen, i motsetning til hvilke typer reguleringer som kan gjøres gjeldende etter hvilke fremgangsmåter, først og fremst fokuserer på klarhet med hensyn til lønn. Domstolen er seg bevisst at de snevre rammer som vertsstatene og deres fagforeninger har til å fastsette det anvendelige lønnsnivået, har som konsekvens at den faktiske lønn for konkurrerende hjemlige virksomheter som oftest ligger over det som kan anvendes etter direktivet. Konsekvensen eller konklusjonen er dermed at de negative begrensninger for anvendelse av vertsstatens reguleringer i læren om rettferdiggjøring, innenfor direktivets anvendelsesområde, langt på vei er erstattet av positive forpliktelser i kraft av direktivet lest i lys av traktaten. Dermed står ikke vertsstatene fritt til å anvende egne reguleringer selv om de anvendes likt, og selv om de ivaretar relevante allmenne hensyn dersom reguleringene ikke gjenfinnes i direktivet.

DEL IV

8 Normkonflikt mellom ILO-konvensjon nr. 94 og EØS-retten?

8.1 Innledning og problemstillinger

Som fremstillingen har vist, er forholdet mellom EF/EØS-retten og ILO-konvensjon nr. 94 langt fra uproblematisk. Både for Norge som EØS-stat og for de ti EU-stater som har ratifisert konvensjonen etterlater *Rüffert* flere spørsmål uløst. Her vil jeg se konsentrere meg om hvilken rettslig betydning avgjørelsen har her til lands, både i forhold til våre folkerettslige forpliktelser til ILO, og for anvendelsen av vår konvensjonsbaserte lovgivning. For vurdere dette er det hensiktsmessig å vurdere tre problemstillinger:

- For det første må det avgjøres hvorvidt konvensjon nr. 94 kan anvendes etter sitt innhold uten å komme i strid med EFT. art. 49/EØS art. 36 og utstasjoneringdirektivet, slik disse er tolket i rettspraksis. *Rüffert* viser at det finnes markante spenninger mellom konvensjonen og fellesskapsretten, men *Rüffert* omhandler den niedersachsiske anskaffelseslov , og ikke konvensjon nr. 94.
- For det andre bør det avgjøres hvordan en eventuell motstridssituasjon skal løses for de ratifiserende EU-stater. Etter det EØS-rettslige homogenitetsprinsipp bør løsningen her veie tungt også for Norge.
- Den siste problemstillingen omhandler EØS-rett, og jeg vil se på to spørsmål. Det første er hvorvidt Norge etter EØS-retten er forpliktet til si opp konvensjon nr. 94 om uforeneligheter foreligger, og det andre er hvilke konsekvenser EF-domstolens avgjørelser har for anvendelsen av vår lovgivning som gjennomfører konvensjonen.

8.2 Konflikt mellom konvensjon nr. 94 og den frie tjenesteutveksling?

Fordi konvensjon nr. 94 og EF/EØS-retten har ulikt anvendelsesområde, er det viktig å være oppmerksom på at en eventuell normkonflikt mellom regelsettene er partiell.

I forhold til innenlandske virksomheter vil verken fellesskapsretten eller EØS-retten være problematisk i forhold til krav om tarifflike vilkår, og det samme gjelder offentlige kontrakter som oppfylles uten utstasjonering eller ved utstasjonering fra tredjeland.

Spørsmålet vi står igjen med er hvorvidt *Rüffert* innebærer at konvensjon nr. 94 ikke kan anvendes *etter sitt innhold* uten å stride med EFT art. 49/EØS art. 36 og utstasjoneringsdirektivet.

Utgangspunktet er at konvensjonen ikke er ratifisert av Tyskland, at den ikke har direkte betydning i saken og at domstolen ikke nevnte den på tross av at flere regjeringsinnlegg påberopte seg konvensjonen i sine innlegg.³⁶⁶ En kan tenke seg flere årsaker til domstolens taushet om forholdet til konvensjonen. En grunn kan ha vært at domstolen ikke så noen grunn til å vurdere konvensjonen fordi den ikke var relevant i forhold til den niedersachsiske anskaffelseslov. En annen grunn kan være at domstolen ønsket å avklare forholdet til konvensjonen, og grep muligheten i *Rüffert* fordi spørsmålet ikke ble satt på spissen. Et siste tolkningsalternativ til kan være at domstolen i først og fremst ønsket å avskjære delstater og andre regionale myndigheter fra å oppstille betingelser som ikke gjenfinnes i den nasjonale lovgivning som gjennomfører utstasjoneringsdirektivet. Denne fortolkningen gir sammenheng med *Laval* og kravene til forutberegnelighet eller transparens. Også delingen av lovgivningskompetanse i Tyskland kan tale for en slik tolkning. Arbeidsretten er forbundsanliggende, mens reglene om offentlige anskaffelser fastsettes på delstatsnivå.³⁶⁷ Kanskje ønsket domstolen først og fremst å unngå at delstater eller regionale myndigheter på egen hånd fastlegger anvendelig arbeidsrett ved

³⁶⁶ Evju 2008c, s. 16.

³⁶⁷ Nielsen 2008a, s. 62.

kontraktsvilkår, uten at dette er vurdert nasjonalt. I tilfelle er det ikke gitt at *Rüffert* uten videre innebærer at konvensjonen strider mot fellesskapsretten.

Av konklusjonen i saken går det like fullt frem at det domstolen forbyr, svarer til hva konvensjonen forplikter. Konklusjonen i *Rüffert* lyder:

”direktiv 96/71, sammenholdt med artikel 49 EF, i en situation som den i hovedsagen foreliggende er til hinder for, at en myndighed i en medlemsstat vedtager en lovgivningsmæssig foranstaltning, hvorved det pålægges den ordregivende myndighed kun at give kontrakter for byggeleverancer til virksomheder, som ved tilbudsgivningen skriftligt har forpligtet sig til ved udførelsen af leveringerne mindst at betale deres ansatte den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn.” (avsnitt 43).

Uavhengig av hva domstolen har tenkt har Nielsen etter min mening rett når hun legger til grunn:

”I lande, der benytter lovbestemt mindsteløn eller almenngyldige kollektive overenskomster, synes forpligtelserne efter ILO-konvention nr. 94 i sager vedrørende udstationering inden for EU vanskeligt forenelige med art. 49 EF og udstationeringsdirektivet, som domstolen fortolker dem i *Rüffert*-sagen.”³⁶⁸

Et problem er at konvensjonen gjør tariffavtalte vilkår gjeldende uavhengig av om tariffavtalene er allmenngyldige eller gjelder generelt. I et notat fra Arbeidsbyrået fra oktober 2008 presiseres uttrykkelig at konvensjonens tariffavtaler som skal dekke ”substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned”, ikke bare gjelder allmenngyldige tariffavtaler.³⁶⁹ Tariffavtaler som faller utenfor utstasjoneringsdirektivets art. 3(1) jfr. 3(8) kan ikke utgjøre rettsgrunnlag for utstasjonierende virksomheters forpliktelser etter *Rüffert*. En mulig løsning for å unngå konflikt på dette punkt kan være å allmenngyldiggjøre tariffavtaler i større omfang, eller basere seg på alternativene i art. 3(8) annet ledd. Dette er imidlertid problematisk fordi bare minimumsvilkår og minstelønn kan anvendes etter domstolens tolkning av direktivet. Konvensjonen definerer ikke lønn, men har et mer generøst lønnsbegrep jfr. ”wages

³⁶⁸ *Ibid.*, s. 73.

³⁶⁹ Arbeidsbyråets notat av 9. oktober 2008.

(including allowances)”. Sammenholdt med rekommandasjonens art. 2(a) om ”the normal and overtime rate of wages (including allowances)” fremgår at dette er en annen type lønn enn utstasjoneringsdirektivets minstelønn i art. 3(1)(c). *Normal lønn* er nettopp hva EF-domstolen avviser i Laval og Rüffert, og det er også tvilsomt i hvilken utstrekning godtgjørelser utover overtid kan gjøres gjeldende etter direktivets art. 3 (1)(c) og 3 (7) annet ledd. Krüger m.fl. legger til grunn at konvensjonens godtgjørelser også kan favne ”different kinds of allowances, fringe benefits, even occupational pension schemes”³⁷⁰ I alle fall kan nettopp yrkestilknyttede godtgjørelser *ikke* anvendes etter utstasjoneringsdirektivet art. 3(1)(c).

Dermed er det først og fremst virkemiddelet som konvensjonen foreskriver og den lønn som skal gjøres gjeldende, som strider mot EFT. art. 49 og utstasjoneringsdirektivet. Praktisert strengt etter sin ordlyd, enkelt sagt på samme måte som i delstatsloven i Niedersachsen, er konvensjonens forpliktelse med hensyn til lønn uforenelig med EFT. art. 49 og utstasjoneringsdirektivet. Etter ordlyden er det tilsynelatende problematisk at konvensjons gjør alle arbeidsvilkår gjeldende jfr. art. 2 ”other conditions of labour”. Sammenholdt med rekommandasjonen og uttalelser fra Ekspertkomiteen er det først og fremst regler om sykelønn som konvensjonen omfatter, men som ikke gjenfinnes i direktivets kjernevilkår.³⁷¹ I motsetning til direktivet gjør heller ikke konvensjonen unntak for monteringsarbeider under åtte dager jfr. direktivets art. 3(2). Dette avhjelpes imidlertid ved at direktivets unntak ikke gjelder byggebransjen, og at slike arbeider gjerne vil falle under terskelbeløpet etter konvensjonens art. 1(4).

Dermed er løsningen at konvensjon nr. 94 praktisert strengt etter sin ordlyd, er uforenelig med EFT. art. 49 og utstasjoneringsdirektivet slik disse er tolket av EF-domstolen.

³⁷⁰ Krüger, Nielsen og Bruun 1998, s. 228.

³⁷¹ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 36.

8.3 EF-rettens løsning for de øvrige ratifikasjonsstater

EF-traktaten inneholder i motsetning til EØS-avtalen en uttrykkelig bestemmelse om situasjonen der medlemsstater underlagt folkerettslige forpliktelser som ikke lar seg forene med fellesskapsretten. Etter EFT. art. 307(1) berøres ikke folkerettslige forpliktelser som medlemsstatene har sluttet seg til før Roma-traktatens ikrafttredelse i 1958, eller før statene trådte inn i fellesskapet.³⁷² Alle EU-stater er tilsluttet konvensjon nr. 94 ratifiserte lenge før inntreden i EF/EU, og for deres del aktualiseres ikke fellesskapsrettens prinsipper om ekstern kompetanse.³⁷³ At eldre folkerettsforpliktelser kan etterleves uten hinder av fellesskapsretten er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt, i art. 307(2) går det frem medlemsstater ”shall take all appropriate steps to eliminate incompatibilities” med kolliderende folkerettsforpliktelser.

Slik EF-domstolen har tolket bestemmelsen, synes det imidlertid ikke å være noen særlig sterk forpliktelse.³⁷⁴ *Levy-saken*,³⁷⁵ som gjaldt ILO-konvensjon nr. 89 om forbud mot kvinnelig nattarbeid er illustrerende. Frankrike ratifiserte konvensjonen i 1953, men forholdet til EF-retten ble først prøvet etter et prejudisielt spørsmål reist i 1991.³⁷⁶ EF-domstolens konklusjon var at direktiv 76/207 om likebehandling av kjønnene ikke hindret praktisering av forpliktelsene overfor ILO, men den reiste tvil om konvensjonens status som gjeldende folkerett på området. Dette var imidlertid for den foreleggende rett å avgjøre. Avgjørelsen er uklar, men bygger på at ILO likestilles med en stat utenfor fellesskapet som har visse rettigheter overfor Frankrike i kraft av konvensjon nr. 89.³⁷⁷

³⁷² Dette gjelder ikke rettigheter og forpliktelser som følger av folkerettslige forpliktelser *til andre EU-stater*, jfr. sak 10/61 Kommisjonen mot Italia [1962] ECR 10.

³⁷³ <http://www.ilo.org/ilolex/>, senest besøkt 10. januar 2009.

³⁷⁴ Maier 2000, s. 398.

³⁷⁵ Sak C-158/91 *Ministère public og Direction du travail et de l'emploi* mot *Jean-Claude Levy* [1993] EFD I-4287.

³⁷⁶ Maier 2000, s. 398.

³⁷⁷ Sak C-158/91 *Levy*, avsnitt 20 og 21, jfr. note 367.

Også sak *C-203/03 Kommisjonen mot Østerrike*,³⁷⁸ viser at EF-domstolen nøler med å konstatere traktatbrudd der medlemsstater oppfyller folkerettsforpliktelser overfor ILO. Domstolen fant at Østerrike ikke hadde tilsidesatt fellesskapsretten fordi Østerrike ikke kunne vite at konvensjonen nr. 45 om forbud mot kvinner i gruver stred mot fellesskapsretten ved forrige mulighet for oppsigelse:³⁷⁹

”At that time, the incompatibility of the prohibition laid down by that convention with the provisions of Directive 76/207 had not been sufficiently clearly established for that Member State to be bound to denounce the convention.” (avsnitt 62).

Avgjørelsen uttrykker forutsetningsvis at det kreves nokså sterke holdepunkter for at en konvensjon strider med fellesskapsretten, før medlemsstatene tvinges til å si den opp. At *Kommisjonen* har oppfordrer til det, var ikke tilstrekkelig i saken. På tross av at konklusjonen var at Østerrike ikke begått traktatbrudd oppfordret domstolen Østerrike til å si opp konvensjonen ved neste mulighet etter art. 307(2).³⁸⁰ Det synes derfor som om det skal noe til dersom medlemsstater felles for traktatbrudd ved å overholde forpliktelser til ILO.

De få sakene som finnes viser kanskje først og fremst at dette er delikate spørsmål som best løses utenfor rettssystemet. En følge av dette er at det er vanskelig å utlede noe konkret om når en eventuell forpliktelse til å si opp konvensjon nr. 94 etter art. 307(2) inntreffer. Med Hartleys ord: ”the position is complex and the outcome may depend on the particular circumstances.”.³⁸¹

I forhold til konvensjon nr. 94 foreligger flere spesielle omstendigheter som taler mot noen plikt til snarlig oppsigelse. I motsetning til konvensjon nr. 89 har Kommisjonen ikke

³⁷⁸ Sak C-203/03 *Kommisjonen mot Østerrike*, [2005] EFD I-935.

³⁷⁹ ILO-konvensjoner kan sies opp etter tiårsprosedyrer, jfr. konvensjon nr. 94 art. 14.

³⁸⁰ Østerrike sa opp konvensjon nr. 45 3. april 2008, jfr. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>. (besøkt 12. januar 2009).

³⁸¹ Hartley 2007, s. 101.

oppfordret til oppsigelse av konvensjon nr. 94.³⁸² Derimot har Kommisjonen så sent som i juni 2008 oppfordret ”all Member States to set an example by ratifying and implementing the ILO Conventions classified by ILO as up to date.”.³⁸³ En av disse er nettopp konvensjon nr. 94. En kan dermed spekulere i om domstolen står nokså alene dersom den mener konvensjonsstater skal si opp konvensjon nr. 94. De ILO-konvensjoner som EF-domstolen til nå har vurdert var utpreget perifere, og anviste løsninger som er vanskelig å forene med dagens syn på kvinner i arbeidslivet. Kanskje kan en si også konvensjon nr. 94 gir et noe foreldet inntrykk av hvordan lønns- og arbeidsvilkår bør fastsettes, men vi står likevel overfor normeringer av svært ulik karakter. Konvensjon nr. 94 var et av hovedtemaene på Arbeidskonferansen i 2008, og tematisk er den i kjernen av spørsmålet om balansen mellom et sosialt og økonomisk EU etter utvidelsene. Om konvensjonen har utspilt sin rolle som et effektiv rettslig instrument, viser diskusjonene på arbeidskonferansen at den har stor verdi som uttrykk for et prinsipp eller en grunnholdning. I alle fall enkelte stater anser konvensjonen som en god ting.³⁸⁴

Etter min mening er det dermed ikke rettslig grunnlag for å legge til grunn at stater som er forpliktet etter konvensjonen skal si den opp ved neste anledning. Rettspraksis er mer i overensstemmelse med Ruth Nielsens konklusjon:

”..In a short-term perspective the EU-countries that have ratified ILO Convention 94 on labour clauses before joining the EU must continue to observe their duties under that convention. In a long-run perspective there will be a duty to denounce ILO Convention 94 if it is incompatible with the EC-Treaty.”.³⁸⁵

Løsningen er dermed at det etter EF-domstolens tolkning av EFT. art. 307 ikke påhviler noen plikt for medlemsstater som har ratifisert konvensjonen før inntreden i EU, til å si opp den opp før EF-domstolen har gjort det klart at den strider mot EF-retten. Inntil videre er

³⁸² Maier 2000, s. 398.

³⁸³ COM(2008) 412 final, s. 15. (Kommisjonens understrekning).

³⁸⁴ Ahlberg 2008, s. 1.

³⁸⁵ Nielsen 2008b, s. 16.

ratifiserende EU-stater folkerettslig forpliktet til å overholde sine forpliktelser etter konvensjonen.

8.4 EØS-rettslig forpliktelse til oppsigelse av konvensjon nr. 94?

For Norge som er tilknyttet EF-retten gjennom den mindre forpliktende og ikke overnasjonale EØS-avtalen, etterlater den EF-rettslige løsning flere uløste problemstillinger.

Det er ikke gitt at vi befinner oss på et område der den EØS-rettslige løsning fullt ut samsvarer med hva som gjelder i EU. Tidsskillet som er etablert i EFT. art. 307, der første ledd bør sees som et unntak for fellesskapsrettens forrang³⁸⁶ dersom følgen er at staten forpliktes til traktatbrudd i andre sammenhenger. Bestemmelsen har ikke sitt motstykke i EØS-avtalen, og dermed finnes heller ikke uttrykkelig rettslig grunnlag for noen plikt til å fjerne uoverensstemmelser tilsvarende EFT. art. 307(2). Denne bestemmelsen er for så vidt begrunnet i et EØS-relevant hensyn, hensynet til regelharmoni og lojalitet, men heller ikke denne forpliktelse kan sees uten sammenheng med fellesskapets overnasjonalitet, også i eksterne sammenhenger.

EFT. art. 307 må sees i sammenheng med EFs eksterne kompetanse. EU-stater kan i motsetning til EØS-stater ikke slutte seg til folkerettslige avtaler uten å iakttas EF-rettens prinsipper om ekstern kompetanse. Essensen i disse reglene eller prinsippene er at fellesskapet har ekstern kompetanse, og dermed fratar medlemsstatene traktatkompetanse i samme utstrekning som fellesskapsrettens forrang fratar statene intern lovgivningskompetanse på EF-rettslig relevante områder. Detaljene vil jeg ikke forfølge, det er en nokså kompleks materie.³⁸⁷ Det synes likevel klart at Norge, dersom vi var med i

³⁸⁶ Den grunnleggende avgjørelse er sak 6/64 *Costa mot ENEL* [1964] EFD 585, 593.

³⁸⁷ Kort sagt følger det av sak 22/70 *ERTA*, [1971] EFD 263, og sak 7/76 *Kramer*, [1976] EFD 1279, at fellesskapet har "legal personality" og "capacity" til å inngå folkerettslige forpliktelser. Dette gjelder ikke i forhold til ILO fordi ILO-Statuttenes art. 1 (2) forbeholder medlemskap og ratifikasjon for stater. Den eksterne kompetanse kan enten fremgå uttrykkelig av EF-traktaten, eller implisitt ved at EF har

EU, ikke kunne slutte seg til konvensjon nr. 94 i 1995 uten å oppfylle samarbeidsplikten til EU og Rådet. I dag kan mye tale for at EU-stater ikke har kompetanse til å slutte seg til konvensjon nr. 94.³⁸⁸

Tilsvarende finnes ikke i EØS, selv om det antakelig vil stride med lojalitetsplikten å tiltre kolliderende forpliktelser for å unnsnippe fellesskapsrett. Det kan ikke sies å være tilfelle ved Norges tilslutning til konvensjon nr. 94.³⁸⁹ Dersom en EØS-rettslig forpliktelse til å si opp konvensjonen skal etableres, må dette i tilfelle forankres i lojalitetsplikten i EØS art. 3 om at "Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne.". Kanskje kan det av dette prinsippet kan utledes en plikt til oppsigelse.

På den annen side peker EØS-avtalens fortale i motsatt retning. Fortalen presiserer at avtalepartene:

"tar i betraktning at denne avtale ikke begrenser avtalepartenes selvstendige beslutningsmyndighet eller deres kompetanse til å inngå traktater, med forbehold for bestemmelsene i denne avtale og de begrensninger som følger av folkeretten".

Et viktig hensyn mot at lojalitetsplikten strekker seg til å forplikte EØS-statene til å si opp annen folkerett er at det innebærer etablering av EØS-rettslig forrang. Tilslutning til folkerettslige forpliktelser er utøvelse av lovgivningskompetanse eksternt.

I mangel på overnasjonale elementer som skal sikre EØS-rettens effektivitet har EFTA-domstolen og Høyesterett strukket seg langt i å etablere prinsipper som langt på vei gir

lovgivningskompetanse internt. Denne speiles så eksternt. Kompetansen kan i tillegg være delt mellom EF og medlemsstatene, eller eksklusivt tilligge EF. Det avgjørende er i hvilken grad området er regulert "to a large extent" på fellesskapsnivå. Dermed kan fellesskapslovgivning ved en slags forkjøpsrett (pre-emption) hindre statene i å ratifisere folkerettslige forpliktelser. Nærmere om forholdet mellom EU og ILO, se Blommé 2008.³⁸⁸ Grunnen er at området antakelig er harmonisert i så stor grad at traktatkompetansen tilligger fellesskapet eksklusivt.

³⁸⁹ På ratifikasjonstiden var direktivet et utkast, med en "whereas" henvisning til konvensjon nr. 94. En arbeidsgruppe fant forholdet uproblematisk, forarbeidene drøfter ikke forholdet til konvensjonen, jfr. Kohlemainen 2002, s. 66.

samme virkning som overnasjonalitet.³⁹⁰ I Rt. 2000 s. 1811 legger Høyesterett til grunn at det EØS-rettslige presumpsjonsprinsipp har minst samme gjennomslagskraft som det fellesskapsrettlige prinsipp om direktivkonform tolkning. Tilsvarende er det EØS-rettslige erstatningsansvar for mangelfull implementering av direktivet det samme som i EF-retten, jfr. Rt. 2005 s. 1365³⁹¹ som anerkjenner EFTA-domstolens avgjørelse i *Sveinbjörnsdóttir*³⁹². Her står vi imidlertid overfor rettslige teknikker som så langt som mulig tilstreber regelharmoni *innenfor EØS-avtalen* *mangel på overnasjonalitet*. I Rt. 2000 s. 1811 presiserer Høyesterett at en klar forutsetning bak EØS-avtalen var manglende overnasjonalitet.³⁹³

I situasjoner som denne synes det vanskelig å slutte noen konklusjon om hva som er den riktige rettslige løsning. Konvensjon nr. 94 befinner seg på EØS-rettens område og hensynet til en effektiv regelharmoni tilsier at Norge skal si opp. Likevel har det formodningen mot seg at en slik forpliktelse strekker seg lenger enn hva som gjelder i EU, og som vi har sett er denne typen spørsmål uklare også etter fellesskapsretten. På bakgrunn av at EØS-avtalens formål er regelharmoni, verken mer eller mindre, *bør* løsningen være den samme etter EØS-retten som EF-retten. Dette har støtte i EFTA-domstolens avgjørelse i *Redken* der hensynet til homogenitet ikke strekker seg lenger enn EØS-avtalens virkeområde og formål.³⁹⁴ Norge bør dermed i lys av EØS-avtalens formål om regelharmoni og den utstrakte lojalitetsforpliktelse rette seg etter øvrige EU-stater. Dersom EF-domstolen fastslår at disse statene skal si opp konvensjon nr. 94 taler hensynet til regelharmoni og lojalitetsprinsippet for at det samme gjelder her. Sikre konklusjoner om hva Norge er forpliktet til kan imidlertid ikke slutes.

³⁹⁰ Se nærmere Arnesen og Stenvik 2008 og Graver 2003.

³⁹¹ Jfr. Rt. 2005 s. 1365, avsnitt 58.

³⁹² Sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*.

³⁹³ Rt. 2000 s. 1811, s. 1831.

³⁹⁴ Sak E-9/07 og E-10/07 *Redken*, avsnitt 27.

8.5 Implementeringslovgivningen til konvensjon nr. 94

At det ikke rettslig grunnlag for noen forpliktelse til å si opp konvensjon nr. 94 betyr ikke konvensjonsbasert lovgivning fullt og helt kan anvendes upåvirket av EØS-rettens skranker. Her må det skilles mellom ulike situasjoner.

Etter ILO-Statuttene art. 19(5)(d) har Norge en folkerettslig forpliktelse til å etterleve konvensjonens forpliktelser frem til den sies opp. Sentrale statlige myndigheter må derfor etterleve konvensjonens forpliktelser til frem til konvensjonen sies opp, og etter prosedyrene i konvensjon nr. 94, art. 14 kan dette tidligst skje i 2016.

Som vi så i del II, har lovgiver imidlertid gått ut over konvensjon nr. 94s minimumskrav ved gjennomføringen nasjonalt. Anskaffelsesloven § 11a og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter forplikter i motsetning til konvensjonen alle offentlige organer, ikke bare sentralmyndigheter.³⁹⁵ At også disse offentlige organer skal anvende arbeidsklausuler tjener ikke til å oppfylle folkerettslige forpliktelser, men er et utslag av lovgivervilje i en folkerettslig retning. Reglene er basert på folkerett, men presumpsjonsprinsippet finner ikke anvendelse i den grad de norske regler ikke oppfyller folkerettslige forpliktelser. For disse tilfeller er det ikke et folkerettstridig resultat dersom forskriften ikke kan tolkes etter sin ordlyd, og situasjonen har klare likhetstrekk til *Rüffert*.

Et særlig spørsmål som ikke ble berørt i *Rüffert*, og som jeg heller ikke vil ta opp her, er hvorvidt det finnes hjemmel innenfor de EØS-baserte anskaffelsesregler for å anvende arbeidsklausuler med et slikt innhold som de norske.³⁹⁶

Det er imidlertid vesentlige forskjeller på virkningen av våre regler i medhold av anskaffelsesloven § 11a og den niedersachsiske loven. I motsetning til hva som var tilfelle i *Rüffert* trer ikke kontraktskravene om tarifflike lønns- og arbeidsvilkår foran

³⁹⁵ Jfr. konvensjon nr. 94 art.1(2).

³⁹⁶ Arnesen i Sejersted m.fl. 2004, s. 247, Eckhoff Smith 2006, s. 445 og Kolstad 2008, s. 3.

allmenngjøringsforskrifter. I forarbeidene til anskaffelsesloven § 11a går det klart frem at allmenngjøringsvedtak er bestemmende der slike finnes, og slike finnes for arbeidstakere som utfører bygningsarbeid på byggeplasser, både ved landsdekkende³⁹⁷ og ved regionale allmenngjøringsforskrifter.³⁹⁸ Etter sak *C-490/04 Kommisjonen mot Tyskland* skal rekkevidden av nasjonale bestemmelser ”bedømmes under hensyntagen til de nationale domstolars fortolkning af dem”.³⁹⁹ Det foreligger ingen rettsavgjørelser om tolkningen av anskaffelsesloven § 11a og forskriften, men det må legges til grunn at norske domstoler vil tolke forskriften i tråd med forarbeidsuttalelsene.⁴⁰⁰ At forskriftens ordlyd ikke svarer til hvordan forskriften anvendes er på bakgrunn av den nevnte avgjørelsen er dermed et nasjonalt problem, og er ikke avgjørende etter EØS-retten.⁴⁰¹ Hvorvidt foreliggende allmenngjøringsforskrifter er forenelige med EØS-retten, er ikke tema her.

Dette innebærer at problemstillingens praktiske relevans blir nokså beskjeden. De kontrakter vi står igjen med er tjenestekontrakter utenom byggebransjen, inngått av andre enn sentralmyndigheter og som oppfylles av utstasjonerte arbeidstakere.⁴⁰² I tillegg skal kontrakten overstige 1,65 millioner jfr. forskriften § 4.

Det er utsendingsforskriften⁴⁰³ som tjener til å oppfylle Norges EØS-rettslige forpliktelser etter utstasjoneringsdirektivet. Som Evju påpeker, det er utsendingsforskriften § 2, annet og

³⁹⁷ Forskrift 6. oktober 2008 nr. 1121 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.

³⁹⁸ For eksempel forskrift 6. oktober 2008 nr. 1122 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen.

³⁹⁹ Sak C-490/04 *Kommisjonen mot Tyskland* [2007] EFD I-6095, avsnitt 49.

⁴⁰⁰ Ot.prp. nr. 7 (2007-08), s. 5.

⁴⁰¹ Dette kunne stilt seg annerledes dersom det var utsendingsforskriften som vanskeliggjorde forutberegnelighet, se Sejersted i Sejersted m.fl., s. 186.

⁴⁰² Ot.prp. nr. 7 (2007-08), s. 5 peker blant annet på renholdsbransjen som en sektor der kontraktsfesting av lønns- og arbeidsvilkår basert på ”landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”.

⁴⁰³ Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere, jfr. Lov 17. juni nr. 62 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern § 1-7.

tredje ledd som gir allmenngjøringsloven og dennes allmenngjøringsvedtak aktualitet for utsendte arbeidstakere og deres arbeidsgivere.⁴⁰⁴ Det nærmere innhold av utsendingsforskriften er ikke presisert i rettspraksis, og må fastlegges på bakgrunn av utstasjoneringdirektivet og rettspraksis til dette, jfr. Rt. 2006 s. 71 avsnitt 68: ”Det nærmere innhold av reglene om virksomhetsoverdragelse må etter dette fastlegges på bakgrunn av EU-direktivene” (avsnitt 68). EF-domstolens konklusjon i *Rüffert* og *Laval* er også rettslig forankret i EFT. art. 49 som i innhold svarer til EØS art. 36 og 37. Disse bestemmelsene gjelder etter EØS-loven § 1 som norsk lov.

Der norske regler står i en potensiell normkonflikt med norske regler som tjener til å oppfylle EØS-rettslige forpliktelser er det alminnelig juridisk metode å tilstrebe tolkningsharmoni.⁴⁰⁵ Her tjener utsendingsforskriften og EØS-art. 36 til å oppfylle folkerettslige forpliktelser, mens forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ikke gjør det utenfor konvensjonens minsteporpliktelser.⁴⁰⁶ Skillet mellom tolkningsharmoni gjennom presumpsjonsprinsippet på EØS-rettens område og motstridsspørsmålet er glidende, likevel bør det sees som to ulike metoder for å eliminere normkonflikter.⁴⁰⁷

Det sentrale etter presumpsjonsprinsippet er at domstolene skal benytte alle ”anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler ... for å unngå et folkerettsstridig resultat.”.⁴⁰⁸ I Rt. 2000 s. 1811 Finanger går det frem at prinsippet ”gjør seg gjeldende med særlig styrke når lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten.” (side 1831), og at:

”Den norske rettsregler vil yte liten motstand dersom det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige.” (side 1829).

⁴⁰⁴ Evju 2006, s. 1.

⁴⁰⁵ Som Arnesen og Stenvik 2008 legger jeg til grunn at det er slik situasjonen metodisk bør angripes. Det kan imidlertid også hevdes at EØS-loven § 1 medfører delmonisme på EØS-rettens område.

⁴⁰⁶ Arnesen og Stenvik 2008, s. 60.

⁴⁰⁷ Arnesen og Stenvik 2008, s. 25 og Helgesen i Eckhoff 2000, s. 305 flg.

⁴⁰⁸ Ot.prp. nr. 79 (1991-92) s. 4, gjengitt i Rt. 2000 s. 1811, s. 1830.

Vår situasjon har likhetstrekk med Finanger. I Finanger hadde lovgiver vurdert forholdet til relevante EØS-direktivet, men lagt til grunn en løsning som ikke stemte med EFTA-domstolens senere rådgivende uttalelse. Forarbeidene til anskaffelsesloven § 11a drøfter forholdet til EØS-retten, og selv om departementet så at ”det ikke er rettsleg avklart om ei gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 er i tråd med Noregs forpliktingar etter EØS-avtalen..”, falt den likevel ned på at ”EF-rettens reglar om høvet til å yte tenester på tvers av landegrensene” ikke var til hinder for å stille krav om tarifflik eller normal lønn.⁴⁰⁹

Et poeng i Finanger som ikke gjør seg gjeldende her, var at begge parter i Finanger var private. Hensynet til partenes muligheter til å forutberegne sin rettstilling innebærer at presumpsjonsprinsippets vekt eller gjennomslagskraft svekkes der partens saker begge er private. I Finanger fant således Høyesteretts flertall at tolkningsharmoni ikke kunne etableres, og det var det rettslige bakteppet for Rt. 2005 s. 1365. Et poeng er at direktiver heller ikke har direkte horisontal effekt i EF-retten, og begrunnelsen er den samme som her.⁴¹⁰ Hensynet til forutberegnelighet gjør seg åpenbart ikke gjeldende for staten som lovgiver. Rt. 2005 s. 1365 viser at det avgjørende hensyn der lovgiver har gått for langt i forhold til EØS-retten er ”den forventning samtlige land og deres borgere har til at direktivene følges opp” (avsnitt 58).

Like fullt, selv om en legger til grunn at forsikringsselskapets forutberegnelighet var avgjørende for at flertallet i Rt. 2000 s. 1811 falt ned på at tolkningsharmoni ikke kunne oppnås, finnes det åpenbart grenser for hvor langt domstolene kan konstruere harmoni ved tolkning. En innfortolket harmoni mellom forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og utsendingsforskriften og EØS art. 36, slik denne må forstås etter Laval og Rüffert, fratar forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ethvert innhold.⁴¹¹ Når lovgiver på tross av uttrykt

⁴⁰⁹ Ot.prp. nr. 7 (2007-2008), s. 7.

⁴¹⁰ For et kritisk blikk på dette, se Craig and De Burca 2007, s. 307.

⁴¹¹ Om domstolene skal legge til grunn den norske regel der den ellers blir helt uten innhold, må anses uavklart. I Ot.prp.nr. 79 (1991-92), s. 4 er dette angitt som et tilfelle der den norske regel bør anvendes

usikkerhet med hensyn til forholdet til EØS-retten, likevel valgte å vedta anskaffelsesloven § 11a med tilhørende forskrift synes det vanskelig å legge til grunn at bestemmelsen ikke gjelder. Som flertallet i Finanger la til grunn, ”Vi er ... utenfor det som med rimelighet kan anses som tolkning av bestemmelsen.”⁴¹² Et annet tungtveiende hensyn mot å etablere tolkningsharmonier er at det vanskeliggjør en rettslig prøving av forskriften for EFTA-domstolen. Som i Finanger står vi også her overfor reguleringer det har politisk oppslutning om. Da kan det være illojalt overfor lovgiver og de demokratiske prosesser som ligger i lovgivningsprosedyren dersom klare uforeneligheter bortfortolkes.⁴¹³ Konklusjonen er dermed at vi er utenfor det som kan betegnes som tolkning. Det er motstrid mellom EØS art. 36 og utsendingsforskriften og anskaffelsesloven § 11 a og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår.

Selv om EØS-loven § 2 først og fremst anvendes som et tolkningsprinsipp, er det også en forrangsbestemmelse i motstridstilfeller. Som Graver bemerker gir bestemmelsen ”..domstolene en rolle i overprøving også av lovgivning ... på områder som tradisjonelt har vært oppfattet som rent politiske.”⁴¹⁴ I Finanger formulerte førstvoterende, og talsperson for flertallet, regelen slik:

”Forrangsregelen i EØS-lovens § 2 slår blant annet fast at bestemmelser i lov som tjener til oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, ved konflikt skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.”(side 1826).

Hvorvidt utstasjonertes lønnsbetingelser er ”samme forhold” som hvilken lønn arbeidstakere sysselsatt ved offentlige tjeneste- og byggekontrakter, kan kanskje problematiseres. Etter min mening viser historien bak den norske ratifikasjon og implementering av konvensjon nr. 94 at det var meningen å regulere samme forhold, hvilken lønn utenlandsk arbeidskraft som ikke er tilsluttet tariffavtale skal motta. Hvordan

uavhengig av folkeretten. I St.prp.nr. 100 s. 319 er dette alternativet utelatt. Høyesterett avklarte ikke dette nokså avgjørende spørsmålet i Rt. 2000 s. 1811.

⁴¹² Rt. 2000 s. 1811 (1831).

⁴¹³ Se om dette Sejersted 2008.

⁴¹⁴ Graver 2003, s. 472.

EØS-loven § 2 skal tolkes der en lovbestemmelse med tilhørende forskrift er yngre enn EØS-loven og pålegger forpliktelser i strid med EØS-avtalen er uklart. Et utgangspunkt er at EØS-loven § 2 som andre lovbestemmelser, må vike for senere lovbestemmelser. Bare Grunnloven kan binde Stortinget fra å gi senere lovgivning.⁴¹⁵ En slik løsning harmonerer imidlertid dårlig med den pragmatiske og mer realistiske innstilling Høyesterett har inntatt i rettspraksis. I Finanger legger flertallet til grunn at:

”Medlemsstatene har etter EØS-avtalen *plikt til* å utvise *lojalitet* overfor Fellesskapets bestemmelser. ... Lojalitetsplikten er sammen med hensynet til rettsenhet dessuten fremhevet i avtalens fortale. Her fremgår at plikten også er rettet mot domstolene, jf. bemerkningene om at ’avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale...’. En tilsvarende lojalitetsplikt gjelder for landende innenfor EU” (side 1827).

Forrangsbestemmelsens formål er å effektivisere EØS-reglene innenfor EØS-rettens mangel på overnasjonalitet. Rt. 2005 s. 1356 viser klart at effektivitetshensynet er utslagsgivende der private parter møtes med reguleringer som strider mot EØS-avtalen. Dermed er det ikke tilstrekkelig at lovgiver *ønsket* å forplikte virksomheter til å anvende tarifflik lønn, og vedtok reglene fordi de *antok* at det var tillatelig. Lovgiver måtte i tilfelle vært *klar over* at stod i konflikt med EØS. art. 36.⁴¹⁶ Det er ikke et bevisst og overveid brudd på EØS-avtalen på samme måte som lovgiver bevisst gikk utover ILO-forpliktelser i Rt. 1997 s. 580 vi står overfor.⁴¹⁷

Konklusjonen er dermed at EØS-loven § 2 innebærer at utsendingsforskriften går foran forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter der det ikke finnes allmenngjøringsforskrifter, og der forpliktelsene til å anvende klausuler om tarifflik lønn ikke tjener til å oppfylle konvensjonens minimumskrav.

⁴¹⁵ Arnesen i Sejersted m.fl., s. 245.

⁴¹⁶ Arnesen og Stenvik 2008, s. 66.

⁴¹⁷ L.c.

9 Refleksjoner og perspektiver

Som avhandlingen har vist er de rettslige ulikhetene mellom tilknytning til fellesskapsretten ved EØS-avtalen og EU-medlemskap marginale. Ved løsningen av konkrete spørsmål er mangelen på overnasjonale elementer i EØS-avtalen mer symbolsk enn reell. Et utslag av ulikhetene finnes i forhold til folkerettslige forpliktelser, det er ikke opplagt at vi kunne sluttet oss til konvensjon nr. 94 i 1995/1996 dersom velgerne hadde stemt annerledes i 1994.

Det viktige spørsmålet i dag er imidlertid ikke ulikhetene mellom EØS- og EU-medlemsskap, men hvordan vi på nasjonalt plan skal forholde oss til fellesskapsrettens stadig økende betydning for norsk rett. Lovgivers faktiske handlingsfrihet minsker uavhengig av EØS-avtalens kompromisspregede ordlyd. I EØS-rettens tidlige fase viser avhandlingen at fagbevegelsen og lovgiver nærmest foregrep rettstilstanden på fellesskapsnivå. *Rush Portuguesa* er utvilsomt den avgjørelse på området som ga vertsstatene det største nasjonale spillerom. Her hjemme var det denne avgjørelsen som dannet bakgrunnen for innføring av lovfestet minstelønn ved allmenngjøringsloven. Våre skandinaviske naboer i EU har derimot hvilt på etablerte oppfatninger, og er først etter *Laval* nødt til å handle. Det tok 18 år. Etter min mening er det noe av et paradoks at den avgjørelse som antakelig går lengst i å underkjenne nasjonale virkemidler, i våre naboland resulterer i lovgivning som griper mindre inn i partenes muligheter til selv å fastlegge lønns- og arbeidsvilkår. Det svenske lovforslag i SOU 2008:123 legger opp til en løsning der fagforeninger påser at utstasjonerte virksomheter oppfyller minstekrav i landsomfattende tariffavtaler dersom arbeidsgiver ikke kan godtgjøre at tilsvarende krav allerede etterleves. I alle fall ideologisk er dette langt mindre inngripende enn vår allmenngjøringsordning som lovfester minstelønn bransjevis.

Hvorvidt EF-domstolens seneste avgjørelser er gir gode eller uheldige resultater vil jeg ikke gå inn i. Det avhenger i høy grad av hva en finner viktigst av fri bevegelighet eller fagforeningers og nasjonale myndigheters handlingsfrihet. Derimot er det verdt å merke seg at domstolens tolkning av utstasjoneringsdirektivet forutsetter en statlig innblanding i arbeidslivet. Det harmonerer dårlig med EUs mer overordnede strategi på arbeidsrettens

område, der særlig den danske flexicurity-modell i andre sammenhenger fremheves som et forbilde. At EF-domstolen ved utstasjonering fremmer statsstyre er på denne bakgrunn kanskje overraskende.

En siste bemerkning nå som jeg har gjennomgått store deler av både eldre og helt fersk rettspraksis om utstasjonering, er hva som egentlig er nytt. Både før og nå har EF-domstolen kun tillatt utstrekking av minimumsvilkår. Hvor minimumsvilkårene nivåmessig skal ligge er et annet spørsmål, og der står statene fortsatt nokså fritt, kanskje endog friere nå enn før. Anvendelse av minstelønn i tariffavtaler som er anvendelige etter direktivet er i dag en plikt i de sentrale bransjer. I *Arblade* ble dette ansett som et presumptivt proporsjonalt virkemiddel, og det er noe annet. At medlemsstater har oppfattet det annerledes frem til direktivet ble satt på prøve etter EU-utvidelsene, har i denne forbindelse mindre betydning. For å anvende Finn Arnesens metafor, fartsgrensen på E-18 avhenger ikke av hvor fort det faktisk kjøres. At *ingenting* er nytt er selvsagt heller ikke riktig, selv om statenes handlingsfrihet til å fastlegge innholdet i de viktigste vilkår overfor utstasjonering etter min mening ikke er mindre nå enn før. I dag er det utstasjoneringsdirektivet som er avgjørende. Tiden for antakelser om EF-domstolens proporsjonalitetsgrense er forbi. At domstolen avskjærer slike individuelle prøvinger av hver enkelt regulering, kan ikke sees uavhengig av dagens EU. EØS-området er ikke lenger noen homogen gruppe rike stater. Internt i EUs organer er det langt fra enighet, verken om målet med samarbeidet eller veien til målet. Da er det kanskje viktigere med klare regler enn konkret gode resultater i hver enkelt sak.

Her hjemme bør konsekvensen av dette, dersom formålet er å unngå sosial dumping, være å fokusere på de virkemidler som er tilgjengelige. Det er kanskje ikke regler mot sosial dumping vi mangler, men et forståelig helhetlig regelverk som både er lett å føre tilsyn med, og lett å anvende for virksomhetene det gjelder. I den forbindelse bør Arbeids- og inkluderingsdepartementets ”Høring om effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar”⁴¹⁸ ønskes velkommen.

⁴¹⁸ Høring Aid 5. desember 2008.

Referanser

Litteratur

- Ahlberg 2008 Ahlberg Kerstin, ”Danmark och Norge försvarar
arbetsklausuler i offentliga kontrakt”, EU &
arbetsrätt, Nr. 2, 2008 s. 1.
- Arnesen og Stenvik 2008 Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering
og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens
innvirkning på norsk rett* (utkast, ennå ikke publisert).
- Barnhard 2000 Barnard, Catherine, *EC Employment Law. Second
Edition* (Oxford 2000).
- Barnard 2006 Barnard, Catherine, *EC Employment Law. Third
Edition*(Oxford 2006).
- Barnard 2008 Barnard, Catherine, “Employment Rights, Free
Movement under the EC Treaty and the Services
Directive” i Rönmar, Mia, *EU Industrial Relations v.
National Industrial Relations*, s. 137
(The Netherlands 2008).

- Biagi 1998
Biagi, Marco, "The 'Posted Workers' EU directive: From Social Dumping to Social Protectionism" i: *Labour Law and Industrial Relations in the European Union*, Blainplain, Roger R (red) Bulletin of Comparative Labour Relations 32, 1998, s. 173-180 (The Hague 1998).
- Blommé 2008
Blommé, Linnéa, *Europarättens innverkan på arbetet i ILO*, Diskusjonsunderlag til nordisk trepartsseminar i Stockholm 18. april 2008.
- Craig og De Búrca 2007
Craig, Paul og Gráinne de Búrca, *EU Law*, 4. utgave (Oxford 2007).
- Davies 1997
Davies, Paul, "Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour law Systems?", *Common Market Law Review*, 1997, s. 571-602.
- Davies 2008
Davies, Paul, "Case C-346/06, *Rüffert v Land Niedersachsen* [2008] IRLR 467 (ECJ)", *Industrial Law Journal*, 2008 s. 293- 295.
- De Vos 2006
De Vos, Marco, *Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: a Bermuda Triangle for National Labour Standards?*, ERA-Forum 2006, No. 3, s. 356-370.
- Fitzmaurize 1951
Fitzmaurize, i Dixon & McCorqudale, Dixon, Martin og Mc Corquodale, Robert, *Cases and Materials on International Law*, 4th Edition (Oxford 2003).

- | | |
|------------------------|--|
| Eckhoff, Helgesen 2001 | Helgesen, Jan E og Eckhoff, Torstein, <i>Rettskildelære</i> , 5. utgave (Oslo 2000). |
| Eckhoff, Smith 2006 | Smith, Eivind, <i>Forvaltningsrett</i> , 8. utgave (Oslo 2006). |
| Evju 2006 | Evju, Stein, <i>Evaluering av almenngjøringsordningen – høring</i> , Høringsnotat av 13. januar 2006 til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, (http://www.regjeringen.no/upload/kilde/asd/hdk/2005/0006/ddd/pdfv/269805-evju.pdf). |
| Evju 2008a | Evju, Stein, Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv, <i>Arbeidsrett</i> , Vol. 1, 2008, s. 1-20. |
| Evju 2008b | Evju, Stein, <i>Market Freedoms, Labour Market Regulation and Trade Union Rights – Worlds Apart in EU Law?</i> Under utgivelse. |
| Evju 2008c | Evju, Stein, “Posting Past and Present”, Formula Working Paper No. 4 (2008) (http://www.jus.uio.no/forskning/prosjekter/formula/publications/papers/WP4_evju.pdf) |
| Fuchs 2004 | Fuchs, Maximilian, “The Bottom Line of European Labour Law (Part I)”, <i>The International Journal of</i> |

- Comparative Labour Law and Industrial Relations*,
Vol. 20/2, 2004 s. 155-176.
- Giesen 2003
Giesen, Richard, "Posting: Social Protection of
Workers vs. Fundamental Freedoms?", *Common
Market Law Review*, 2003 s. 143-158.
- Graver 2003
Graver, Hans Petter, Internasjonale konvensjoner som
rettskilde, *Lov og Rett*, 2003 s. 468-489.
- Graver 2008
Graver, Hans Petter, *Tjenestefrihet, utstasjonering og
minstelønn – i lys av den seneste rettspraksis fra EF-
domstolen*, (upublisert betenkning til LOs juridiske
avdeling av 28. august 2008).
- Hartley 2007
Hartley, Trevor, *The foundations of European
Community Law: an introduction to the constitutional
and administrative law of the European Community*,
6th edition (Oxford 2007).
- Hjelmeng og Kolstad 2006
Hjelmeng, Erling og Kolstad, Olav,
Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige
problemstillinger, *Arbeidsrett*, 2006 s. 1.
- Holo og Moen Borgerud 1992
Holo, Lars og Borgerud, Moen Ingeborg,
Arbeidsnotat, EØS og norsk arbeidsrett en utredning

fra Landsorganisasjonens juridiske avdeling, (Oslo 1992).

Humblet m.fl., 2001

Humblet, m.fl., *International labour standards, A global approach, 75th anniversary of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 1. utgave (Genève 2001).

Jakhelln 2000

Jakhelln, Henning, ”Kommunale anbudsvilkår om å anvende lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarer tariffavtalte vilkår”, i: *Rettslige studier bind I* (Otta 2000).

Jakhelln 2006

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2006).

Koberksi og Schierle 2008

Koberski, Wolfgang og Schierle Florian, Balance zwischen Dienstleistungsreiheit und Arbeitnehmerschutz gewart?, *Recht der Arbeit*, 2008, s. 233.

Kolstad 2008

Kolstad, Olav, *EØS-rettslig vurdering av Tariffnemdas forslag til forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for skips og verftsindustrien*, upublisert betenkning for Næringslivets Hovedorganisasjon av 27.mai 2008,
(<http://www.nho.no/getfile.php/filer%20og%20vedlegg/Almenngjoring%20verftsindustri%20innhold.pdf>).

- | | |
|-------------------------------|---|
| Krüger, Nielsen og Bruun 1998 | Krüger, Kai, Nielsen, Ruth og Bruun, Niklas, <i>European Public Contracts in a Labour Law Perspective</i> , 1. utgave (København 1998). |
| Kohlemainen 2002 | <i>The Posted Workers Directive: European Reinforcement of National Labour Protection</i> , doktoravhandling, (Firenze 2002). |
| Liukkunen 2004 | Liukkunen, Ulla, <i>The Role of Mandatory Rules in International Labour Law, A Comparative Study in the Conflicts of Law</i> , (Helsinki 2004). |
| Lundgaard, Gaarder 2000 | Lundgaard, Hans Petter, <i>Gaarders innføring i internasjonal privatrett</i> (Oslo 2000). |
| Maier 2000 | Maier, Lena, <i>EU, arbetsrätten och normgivningsmakten</i> , (Stockholm 2000). |
| Malmberg og Sigeman 2008 | Malmberg, Jonas og Sigeman, Tore, Industrial Actions and EU Economic Freedoms: The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by The European Court of Justice, <i>Common Market Law Review</i> , 2008, s. 1115-1146. |
| Nielsen 1995 | Nielsen, Karl Henrik, "Public Procurement and International Labour Standards", <i>Public Procurement Law Review</i> , 1995 s. 94-101. |

- Nielsen 1997
Nielsen, Ruth, International privatret og udstationering af arbejdstagere, *Festskrift til Ole Lando*, Red: Andersen, Lennart Lynge, Fejø, Jens og Nielsen Ruth, s. 237-257 (København 1997).
- Nielsen 2008 a
Nielsen, Ruth, "Udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser – Viking-, Laval- og Rüffert-sagerne", *Arbejdsrett*, 2008 nr. 2, s. 61-75.
- Nielsen 2008 b
Nielsen, Ruth, *Public Procurement, International Law and Free Movement in the EU*, "Working Paper" til konferansen, Business responsibilities for Human Rights, and International Law, Copenhagen Business School, 6-7 november 2008.
- Nielsen og Rehof 1998
Nielsen, Karl Henrik, Rehof, Adam Lars, *International Arbejdsret*, (København 1998).
- Lismoen og Stokke 2005
Lismoen, Håvard og Stokke, Torgeir Aarvaag, *Lovfestet minstelønn i Norge*, Fafo-notat 2005:13.
(<http://www.fafo.no/pub/rapp/772/772.pdf>)
- Liukkunen 2004
Liukkunen, Ulla, *The Role of Mandatory Rules in International Labour Law, A Comparative Study in the Conflict of Laws*, (Helsinki 2004).
- Orlandini 2008
Orlandini, Giovanni, Trade Union Rights and Market Freedoms: The European Court of Justice Sets out the Rules, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 29, Nr. 4, Sommer 2008, s. 573-604.

- Reich 2008 Reich, Norbert, Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the *Laval* and *Viking* Cases before the ECJ, *German Law Journal*, Vol. 09, Nr. 2, 2008 s. 125-161.
- Ruud og Ulfstein 2002 Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 2 utgave (Oslo 2002).
- Sejersted m.fl., 2004 Sejersted, Fredrik, m.fl., *EØS-rett*, 2. utgave, (Oslo 2004).
- Sejersted 2008 Sejersted, Fredrik, Norges rettslige integrasjon i EU, *Nytt norsk tidsskrift*, 2008, s. 313.
- Schlachter og Fischinger 2008 Schlachter, Monika og Fischinger, Philip, *From Bolkenstein to Directive – and further*, Formula Working Paper, No. 1 2008, (http://www.jus.uio.no/forskning/prosjekter/formula/publications/papers/WP1_schlachter.pdf).
- Sigeman 2005 Sigeman, Tore, Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt, *Europarättslig Tidsskrift*, 2005, s. 465.
- Sjödén 2008 Sjödén, Erik, *The Restricting Labour Market*, Formula Working Paper, (http://www.jus.uio.no/forskning/prosjekter/formula/publications/papers/WP2_sjodin.pdf)

Stensvik 2007	Stensvik, Kjetil, ”Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester”, <i>Arbeidsrett</i> , 2007 s. 1-42.
Uggerud 1997	Uggerud, Ken, Internasjonale menneskerettigheter og Høyesteretts dom i Rt-1997-580 – særlig om bruk av ILO-konvensjoner og Sosialpakten, <i>Lov og Rett</i> , 1997 s. 581-618.
Van Peijpe 2008	van Peijpe, Taco, ”If Vaxholm Were in Holland: Interest Conflicts and EU Labour Law in a Comparative Perspective”, i Rönmar, Mia, <i>EU Industrial Relations v. National Industrial Relations</i> , s. 193 (The Netherlands 2008).
Weltzien 2008	Weltzien, Kurt, Allmenngjøring av allmenngjøringsvedtak uten at vilkårene for allmenngjøring er oppfylt, <i>Arbeidsrett</i> , 2008 s. 53.
Offentlige dokumenter	
St.prp. nr.63 (1950)	Om vedtak på den Internasjonale Arbeidskonferansen i Genève 1949.
St.prp. nr. 46 (1987-1988)	Om ILO-konvensjoner som Norge tidligere ikke har ratifisert.
St.prp. nr. 62 (1994-1995)	Samtykke til ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 og tiltreding til ILO-rekommandasjon nr. 84 om

	arbeidarklausular i offentlege arbeidskontraktar, vedtekne på Arbeidskonferansen i Genève 1949.
St.prp. nr. 100 (1991-1992)	Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.
St.prp. nr. 1 (2008-2009)	Nasjonalbudsjettet 2009.
NOU 1983:38	ILO-konvensjoner som Norge ikke har ratifisert.
NOU 1997:21	Offentlige anskaffelser.
Ot.prp. nr. 79 (1991-1992)	Gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.
Ot.prp. nr. 26 (1992-1993)	Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.
Ot.prp. nr. 13 (1999-2000)	Arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).
Ot.prp. nr.7 (2007-2008)	Om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.
St.meld. nr. 2 (2005-2006)	Revidert nasjonalbudsjett 2006.

Soria Moria erklæringen Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005-2009.

Høring om effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 5. desember 2008.

Fakta om forskrift om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Forespørsel om EØS-rettslig vurdering av allmenngjøringsinstituttet, brev til Tariffnemnda fra Justisdepartementets Lovavdeling 5. september 2008.

Forhandlinger i Stortinget

(1995-1996) Sak nr. 10 Innstilling fra kommunalkomiteen om samtykke tilratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 og tiltredning til ILO-rekommandasjon nr. 84 om arbeiderklausuler i offentlige arbeidskontrakter, vedtatt på Arbeidskonferansen i Genève 1949.

Utenlandske forarbeider og betenkninger

SOU 2008:123 Förslag til åtgärder med anledning av Lavaldomen.

SOU 2006: 28 Nye upphandlingsregler 2.

SOU 1998:52 Utstationering av arbetstagare.

Betænkning fra udredningsarbejdet om Laval-afgørelsen, 19. juni 2008,
Beskæftigelsesministeriet.

Domsregister

Norges Høyesterett:

Rt. 1923 s. 59

Rt. 1997 s. 580 (OFS-saken)

Rt. 2001 s. 248

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2005 s. 1365

Rt. 2006 s. 71

Rettspraksis fra EF-domstolen

Sak 10/61 Kommisjonen mot Italia [1962] ECR s. 10.

Sak 6/64 *Flaminio Costa* mot *E.N.E.L.*, [1964] EFD s. 585.

Sak 22/70 *Kommisjonen* mot *Rådet*, [1971] EFD 263.

Sak 33/74 van Binsbergen, [1974] EFD 1299.

Forente saker C-3, 4 og 6/76 *Kramer m.fl.*, [1976] EFD 1279.

Sak-120/78 *Rewe-Zentrale AG* mot *Bundesmonopolverwaltung für
Branntwein*, [1979] EFD 649.

Sak 279/80 *Straffesak* mot *Alfred John Webb*, [1981] EFD 3305.

- Forente saker 62/81 og 63/81 *Société anonyme de droit français Seco and Société anonyme de droit français Desquenne & Giral mot Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, [1982] EFD 223.
- Sak 31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot den nederlandske sta,t* [1988] EFD s. 4635.
- Sak C-262/88 *Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group*, [1990] EFD I-1889
- Sak C-113/89 *Rush Portuguesa Ld^a mot Office national d'immigration*, [1990] EFD I-01417.
- Sak C-76/90 *Manfred Säger mot Dennemeyer & Co Ltd.*, [1991] EFD I-4221.
- Sak C-158/91 *Ministère public og Direction du travail et de l'emploi mot Jean-Claude Levy*, [1993] EFD I-04287.
- Forente saker C-267/91 og 268/91 *Straffesak mot Keck og Mithouard*, [1993] EFD I-06097.
- Sak C-55/94 *Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, [1995] EFD I-04164.

Sak C-272/94	<i>Straffesak mot Michel Guiot og Climatec SA</i> , [1996] EFD I-1905.
Forente saker C-396/96 og C-376/96	<i>Jean-Claude Arblade og Arblade & Fils SARL, og Bernhard Leloup, Serge Leloup og Sofrage SARL Arblade</i> , [1999] EFD I-8453.
Forente saker C-49, 50, 52, 53, 54, 68 71/98	<i>Finalarte Sociedade de Construções Ld^a m.fl., mot Urlaub und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, m.fl.</i> , [2001] EFD I-7831.
Sak C-165/98	<i>Straffesak mot André Mazzoleni og Inter Surveillance Assistance SARL</i> , [2001] EFD I-2189.
Sak C-164/99	<i>Portugaia Construções Ld^a</i> , [2002] EFD I-787.
Sak C-493/99	<i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , [2001] EFD I-08163.
Sak C-36/02	<i>Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn</i> , [2004] EFD I-9606.
Sak C-341/02	<i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , [2005] EFD I-2733.

Sak C-60/03	<i>Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix</i> , [2004] EFD I-09553.
Sak C-203/03	<i>Kommisjonen mot Østerrike</i> , [2005] EFD I-00935.
Sak C-445/03	<i>Kommisjonen mot Luxembourg</i> , [2004] EFD I-10191.
Sak C-244/04	<i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , [2006] EFD I-00885.
Sak C-490/04	<i>Kommissionen mot Tyskland</i> , [2007] EFD I-6095.
Sak C-254/05	<i>Kommisjonen mot Belgia</i> , [2007] I-04269.
Sak C-438/05	<i>International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti</i> , [2007] EFD I-10779.
Sak C-341/05	<i>Laval Un Partneri Ltd mot Svenska Byggningsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet</i> , [2007] EFD I-11767.
Sak C- 319/06	<i>Kommisjonen mot Luxembourg</i> , [2008] EFD I-00000 (ikke ennå publisert).
Sak C- 346/06	<i>Dirk Rüffert, i egenskap av konkursbestyrer for Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG mot Land Niedersachsen</i> , [2008] EFD I-00000 (ikke ennå publisert).

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

REC 1998 s. 95, Sak E- 9/97, *Sveinbjörnsdóttir mot Island*.

Forente saker, E- 9/07 og E-10/07, L'Oréal Norge AS mot Per Aarskog AS og andre og Smart Club Norge AS, (*Redken*) ikke ennå publisert..

Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland judgement of 30. June 1993, Series A no. 264 (EMD-1990-16130).

Lover

Allmenngjøringsloven	Lov 4. juni nr. 58 1993 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).
----------------------	---

Luganolovent	Lov 8. januar nr. 21 1993 om gjennomføring i norsk rett av Luganolovent om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker.
--------------	---

Anskaffelsesloven	Lov 16. juli nr. 69 1999 om offentlige anskaffelser.
-------------------	--

Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni nr.62 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.
-------------------	---

Forskrifter og rundskriv

Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

Forskrift 8. februar 2008 nr. 117 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Forskrift 6. oktober 2008 nr. 1122 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen.

Forskrift 6. oktober 2008 nr. 1121 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.

Forskrift 22. desember 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett.

Moderniseringsdepartementets Rundskriv nr. 2 2005 om løns- og arbeidsvilkår for arbeidrarar som utførar tenestekontraktar og byggje- og anleggskontraktar for staten.

Internasjonale avtaler og konvensjoner

Constitution of the International Labour Organization, med senere endringer, Verailles, 1919. (ILO-Statuttene).

Convention No. 29, Forced Labour Convention, 1930 (ILO-konvensjon nr. 29).

FN-Pakten, 1945.

Convention No. 87, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (ILO-konvensjon nr. 87).

Convention No. 94, Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (ILO-konvensjon nr. 94 Arbeidsklausuler I offentlige kontrakter).

Recommendation No. 84 (ILO-Rekommandasjon nr. 84 om arbeidsklusuler i offentlige kontrakter).

Convention No. 98, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (ILO-konvensjon nr. 98).

Convention No. 100, Equal Remuneration Convention, 1951, (ILO-konvensjon nr. 100).

Traktat av 25. mars 1957 om opprettelse av Det europeiske fellesskap, med senere endringer (EF-traktaten).

Convention No. 105, Abolition of Forced Labour Convention, 1957, (ILO-konvensjon nr. 105).

Convention No. 111, Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958, (ILO-konvensjon nr. 111).

Wienkonvensjonen om traktatretten, 1969.

Romakonvensjonen av 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område.

Convention No. 144, Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976 (ILO-konvensjon nr. 144).

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto, 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

Direktiver og forordninger

Rådets forordning nr. 1612/68/EØF av 15. oktober 1968 om arbeidskraftens frie bevegelse innenfor Fellesskapet.

Rådsdirektiv 89/391/EEC av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen.

Rådets direktiv 93/37/EØF om samordning av fremgangsmåtene ved med hensyn til inngåelse av offentlige bygge og anleggskontrakter.

Rådsdirektiv 93/104/EF av 23. november 1993 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden.

Europaparlamentets og Rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utstasjonering av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, (utstasjoneringsdirektivet).

Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 av 22. desember 2000 om domstolenes kompetanse og om anerkjennelse av rettsavgjørelser på det sivil- og handelsrettslige område.

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene for inngåelse av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester, (forsyningsvirksomhetsdirektivet).

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF, av 12. desember 2006 om tjenesteytelser i det indre marked, (tjenestedirektivet).

Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 864/2007, av 11. juli 2007 om lovvalsregler for forpliktelser utenfor kontrakt, (Roma II-forordningen).

Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 av 17. juni 2008 om lovvalsregler for kontraktsrettslige forpliktelser, (Roma I).

ILO-dokumenter

ILC, 31st Session, San Francisco, 1948, Fair Wages clauses in public contracts.

International Labour Office, 'Social Aspects of European Economic Cooperation' (1956),
74 International Labour Review 99.

Labour clauses in public contracts, ILC 97th Session, 2008, Report III (General Survey
2008).

Note by the International Labour Office, Forum of Workers' Rights and Economic
Freedoms Brussels, 8-9 October 2008, *Workshop on the interpretation of Directive*
96/71/EC and the case law of the ECJ.

ILC 97th Session, 2008, Records of Proceeding, Provisional Records, No. 19, Part One,
Report of the Committee on the Application of Standards.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and
Recommendations, Report III (Part 1A), General Report and observations concerning
particular countries.

Andre EU-dokumenter

COM(1989) final	Communication from the Commission concerning its action programme relating to the implementation of the Community Charter of basic social rights for workers.
COM(1991) 230 final	Proposal for a Council Directive concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.
COM(1993) 225 final	Amended proposal for a Council Directive concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

COM(2001) 566 final	Interpretative Communication of the Commission, on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement.
COM(2002) 654 final	Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation.
COM(2003) 458 final	Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The implementation of Directive 96/71/EC in the Member States.
COM(2008) 412 final	Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Renewed social agenda: Opportunities, access and solidarity in 21 st century Europe.

Kommisjonens pressemelding P/91/38, 26. juni 1991.

Kommisjonens pressemelding Stat/07/85, 18. juni 2007.

Internettsider

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Faktaark_sosial_dumping.pdf

Faktaark om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, benyttet: 2. januar 2009.

<http://www.ilo.org/ilolex> (besøkt 22. november 2008).

<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htmv> (senest besøkt 12. januar 2009).

<http://www.dagsavisen.no/meninger/article384035.ece> (besøkt 1. desember 2008).

Annet

Dagens Næringsliv 19. november 2008.

Dagens Næringsliv 3. desember 2008